SÉRIE SUR LES QUESTIONS STRATÉGIQUES

rp02-12f

CRIME ÉCONOMIQUE ET CRIME ORGANISÉ : LES DÉFIS QUI ATTENDENT LA JUSTICE PÉNALE

R.T. Naylor
Professeur, Économie
Université McGill

Division de la recherche et de la statistique

2000

Les points de vue exposés dans ce document de travail sont ceux de l'auteur et ne représentent pas les points de vue ou la position du ministère de la Justice du Canada. Ce document a été commandé pour stimuler la recherche et les discussions.

104-05844/

Série de questions stratégiques

Les documents de recherche qu'on trouve dans la série de questions stratégiques ont généralement été rédigés à l'intention de l'Unité d'analyse statistique et contextuelle de la Division de la recherche et de la statistique (DRS). Cette série fait partie des efforts de la Division de la recherche et de la statistique pour aller de l'avant et explorer l'environnement afin de fournir des perspectives et des éléments contextuels portant sur un éventail de questions à portée sociale et économique. Parmi les sujets abordés, on trouve : les défis stratégiques posés par la biotechnologie et la génétique, les hypothèses concernant les nouvelles tendances de crime et la proposition d'une typologie pour comprendre le crime, les effets du divorce et de la séparation sur les enfants, la mondialisation, ainsi que l'administration d'Internet à l'échelle mondiale.

Les documents qui constituent cette série portent à réflexion. En général, ils ont été rédigés par des intellectuels dont la tâche était d'être exhaustifs dans leur critique des pratiques actuelles et provocants dans leurs suggestions de nouvelles approches.

Les documents de discussion et les travaux de réflexion de cette section de la bibliothèque de la DRS ont déjà animé des discussions dans le cadre d'exercices comme la planification d'un nouveau mandat, la planification de politiques stratégiques par des hauts fonctionnaires et ont également servi de document d'information pour planifier des recherches. Nous avons l'intention de les rendre disponibles afin qu'ils puissent désormais contribuer à alimenter la discussion entre les chercheurs et les décideurs.

Si vous désirez plus de renseignements, vous pouvez communiquer avec

Valerie Howe, agente principale de recherche
Téléphone : (613) 957-9597, courriel : vhowe@justice.gc.ca

Biographie

R. T. Naylor est professeur d'économie à l'Université McGill. Ses principaux domaines de spécialisation sont le marché noir, la contrebande et les crimes financiers internationaux. Il est l'auteur de six ouvrages, dont *Hot Money And The Politics Of Debt* et *Patriots And Profiteers*. Ses ouvrages sur des sujets comme le trafic d'armes, la contrebande de l'or, les activités des groupes de guérilleros sur le marché noir et le blanchiment d'argent ont paru dans plusieurs revues de criminologie *Crime, Law & Social Change* dont il est le rédacteur en chef. Il a également contribué à la rédaction de l'étude menée récemment par le Bureau du contrôle des drogues et de la prévention du crime des Nations Unies intitulée *Financial Havens, Banking Secrecy and Money Laundering*.

1.0 Introduction

Pour certaines personnes, le crime économique connaît actuellement une période de transformation et de recrudescence. Inquiètes devant l'ampleur du phénomène, elles voudraient que les systèmes judiciaires du monde entier réagissent en se dotant de pouvoirs d'enquête et de poursuite nouveaux et élargis. Certains réclament par exemple que les forces policières jouissent d'une plus grande latitude pour mener des opérations de filature, d'autres demandent des mesures permettant de retracer et de saisir les produits de la criminalité ainsi que l'adoption de lois faisant de l'appartenance à une « organisation criminelle » un crime en soi.

L'auteur du présent document s'interroge sur la nécessité de telles innovations en matière de justice. Il pose les questions suivantes :

1) Dans quelle proportion le crime est-il motivé par le profit et quelle différence cela fait-il? Que font au juste les contrevenants motivés par le profit et quelles répercussions économiques négatives leurs actions ont-elles en réalité?
2) Dans quelle mesure la ligne de démarcation entre le crime motivé par le profit et l'activité économique normale est-elle bien délimitée?
3) Dans quelle mesure la responsabilité de détecter, de dissuader et de combattre les criminels motivés par le profit devrait-elle être partagée entre le système de justice pénale et l'appareil réglementaire? Quelles sont les autres options offertes?

2.0 Préciser les termes

Avant de tenter de répondre à ces questions, il est essentiel de préciser trois points, à savoir le rôle du profit, la mondialisation et les changements technologiques dans la détermination des comportements criminels.

2.1 Le mythe de la maximisation du profit

En apparence, les crimes motivés par le profit sont différents de ceux qui sont engendrés par la passion, la pression des pairs ou la simple perversité de l'être humain. On suppose que l'appât du gain est « rationnel » et, partant, les événements motivés par le profit semblent prévisibles. Cela semble également suggérer au moins une partie de la réponse - s'il y a motif d'ordre financier, il peut être éliminé, s'il y a dommages pécuniaires, ceux-ci peuvent être compensés. On suppose ainsi que le contrevenant calcule bien les coûts et les avantages et qu'il pondère les conséquences probables en regard des gains possibles. Ainsi, on pourrait dire que le comportement du criminel motivé par le profit ressemble à celui d'une société dont l'objectif est de maximiser ses profits.

Mais si le concept de maximisation du profit est utile pour échafauder des modèles mécanistes venant agrémenter les premiers chapitres de textes de base en économie, il conduit à une simplification à outrance quand il s'agit d'expliquer le comportement des entreprises. Une entreprise légitime cherche d'abord à assurer sa survie. Ensuite, elle pourra peut-être vouloir atteindre les objectifs financiers à court terme établis par ses cadres supérieurs et ses investisseurs, objectifs distincts des buts à long terme de l'entreprise en tant que telle. Ensuite, peut-être pourra-t-elle chercher à élargir sa sphère d'influence commerciale indirecte, exercer des pressions politiques ou rehausser son prestige en participant à des événements communautaires et culturels. Tout cela ne peut être simplement synonyme de tentative visant à maximiser la « bonne volonté » de l'entreprise .[1] Dans la mesure où un profit constant est nécessaire pour atteindre la plupart, sinon la totalité de ces objectifs, il ne correspondra pas nécessairement à un maximum théorique - on se contentera d'un taux satisfaisant de profit .[2] Par conséquent, les objectifs de l'entreprise en matière de profit sont plus susceptibles d'être exprimés, non pas en maximisant la différence entre les coûts et les recettes à court terme, mais en termes de production des revenus nets permettant la survie, l'expansion et le développement à long terme. En fait, si une entreprise légitime n'existait que pour maximiser les profits, elle n'aurait aucune raison de demeurer dans le droit chemin, mais, de toute évidence, seul un faible pourcentage d'entrepreneurs et d'entreprises s'en détournent.

Une bonne partie des mêmes arguments s'appliquent à une « firme » criminelle. Certes, le profit fait partie du calcul. Mais la notion voulant que tout soit subordonné à la recherche d'un profit maximal est fort trompeuse. Même dans les crimes motivés par le profit, un grand nombre d'autres facteurs peuvent entrer en jeu pour déterminer les actions - jalousie, renforcement de l'ego, recherche de prestige auprès des pairs, désir de jouir d'un meilleur statut qui, à son tour, pourrait être davantage rehaussé par des gestes de générosité que par la simple recherche d'une plus grande richesse. Ainsi, une firme criminelle fonctionne également dans une matrice sociale au sein de laquelle tous les autres critères, pas strictement économiques, figurent parmi ses règles de décision.

2.2 Mondialisation : mythe ou réalité?

Pourtant, une deuxième précision essentielle concerne le rôle de la « mondialisation ». La mondialisation est le terme moderne utilisé pour décrire un processus dont les origines remontent à tout le moins à l'époque de Marco Polo. Elle signifie que l'information sur les débouchés d'ordre commercial et financier est transmise au-delà des frontières nationales ou régionales, et que les biens et l'argent suivent peu de temps après. La mondialisation est un facteur de la criminalité puisque les entrepreneurs criminels, comme les gens d'affaires légitimes, élargissent leurs horizons géopolitiques pour profiter des possibilités engendrées par la simplicité des déplacements et des communications interurbaines.

[1] Voir, par exemple, Christopher Stone, *Where The Law Ends: The Social Control of Corporate Behaviour*, New York, Harper & Rowe, 1975, p. 39.
[2] Malheureusement, cet argument simpliste influe également sur la discussion du phénomène de la « criminalité des entreprises », soit la perpétration d'infractions par des entités commerciales légitimes à la recherche d'un plus grand succès sur le plan financier et commercial. Voir Marshall Clinard, *Corporate Corruption: The Abuse of Power*, New York, Praeger, 1990, p. 5.

Cela ne veut pas dire que le vaste contexte géoéconomique dans lequel le crime s'inscrit n'est pas différent aujourd'hui de ce qu'il était, disons, à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Il y a effectivement des différences. L'une concerne l'ampleur du phénomène. Plus de gens, plus de biens et plus de revenus. Il s'agit cependant d'une tendance à long terme. Même l'accélération rapide des taux de croissance remonte au moins au début du XIXe siècle. Il est difficile de voir comment cela se traduit en un changement *qualitatif* dans la menace criminelle actuelle. Certes, les crimes économiques commis aujourd'hui sont plus nombreux, mais il y a beaucoup plus d'activités économiques légales et rien ne prouve que les premiers prennent de l'expansion plus rapidement que les seconds.

Une deuxième différence réside dans la complexité des interrelations économiques, c'est-à-dire le fait qu'il y ait de plus en plus d'activités économiques dans un contexte axé sur les marchés. Mais c'est également là une tendance historique à long terme, qui s'avère autant à l'intérieur des pays qu'à l'extérieur de leurs frontières, et qui n'a donc qu'un lien indirect avec la « mondialisation », quel que soit le sens qu'on lui donne.

Un troisième facteur souvent invoqué s'inscrit dans la tendance à la « mondialisation », à savoir l'apparente propension qu'ont aujourd'hui les gens à se déplacer au-delà de leurs frontières. On semble toutefois oublier que l'utilisation du passeport n'a été généralisée qu'après la Première Guerre mondiale. Jusqu'alors, la plupart des gens ne se déplaçaient pas parce qu'ils craignaient de se faire voler ou assassiner et qu'ils n'avaient ni le désir ni l'argent nécessaire pour entreprendre le voyage. Ceux qui profèrent des platitudes sur le monde sans frontières d'aujourd'hui devraient tenter de franchir la frontière entre les États-Unis et le Mexique lors d'un conflit commercial ou d'une alerte à la drogue. L'exemple souvent invoqué de la CE est remarquable précisément parce qu'il est tellement exceptionnel.

On est également porté à croire qu'un monde où les gens voyagent de plus en plus librement (comparativement à la situation qui régnait il y a 50 ans, mais pas aux siècles précédents) est un monde où ceux qui commettent des crimes économiques graves ont plus de facilité à s'échapper. Chaque octogénaire criminel de guerre nazi repéré fait mentir cette croyance simpliste. De même, la tendance récente qu'affiche le gouvernement des États-Unis à autoriser le kidnapping transnational pour amener les contrevenants (surtout les trafiquants de drogues) devant la justice américaine laisse croire que les endroits sûrs où se cacher sont de plus en plus difficiles à trouver. La contrefaçon est aujourd'hui beaucoup plus difficile à utiliser. Par le passé, on recourait à des asymétries en matière d'information (non-correspondance des dates de naissance et de décès, demandes de permis de conduire non appariées aux numéros de sécurité sociale). Mais aujourd'hui, la technologie a considérablement réduit ces asymétries. Elle rend le crime beaucoup plus difficile à commettre, pas le contraire.

Ainsi, le véritable enjeu n'est pas un monde sans frontières (qui n'existe pas) ou la facilité croissante (et véritable) des déplacements à la grandeur du monde, mais la capacité de faire appliquer des lois au-delà des frontières - un problème qui n'est pas vraiment nouveau.

2.3 La technologie de l'information : historique et mouvancet

Les communications et la technologie des transports modernes ont un impact majeur sur les échanges économiques (tant illégaux que légaux). Mais les effets des communications électroniques et du transport de masse, peu coûteux et rapide, de biens et de personnes au-delà de leurs frontières ne sont probablement aujourd'hui ni plus importants ni plus nombreux que les effets produits par le chemin fer, les bateaux à vapeur et le télégraphe dans la première moitié du XIXe siècle.

L'ampleur des changements provoqués par les transferts de fonds électroniques, par exemple, peut être placée en contexte à l'aide d'une simple comparaison. D'une part, calculez le temps qu'il fallait pour envoyer une traite ou un sac de pièces d'argent par voilier sur l'Atlantique jusqu'au début des années 1800, et comparez le résultat au temps requis pour effectuer un transfert télégraphique après la mise en service de la première ligne transocéanique au milieu des années 1800. Ensuite, calculez l'économie de temps relative qu'a permise le passage du transfert télégraphique de fonds (électrique) au transfert de fonds électronique dans la dernière moitié du XXe siècle. Dans le premier cas, la différence était véritablement révolutionnaire, mais pas dans le second.

Il importe de faire une distinction entre nouveaux crimes et nouveaux modes de criminalité. Pour prendre un exemple bien connu, on décrit souvent les « délits informatiques » comme une toute nouvelle préoccupation. En réalité, cela n'est pourtant rien d'autre qu'une série d'actes criminels traditionnels (extorsion, contrefaçon ou fraude) aujourd'hui facilités par l'utilisation de l'ordinateur. Les crimes n'ont pas changé. La seule différence, c'est la technique utilisée pour les commettre et la capacité de commettre ces crimes en se trouvant beaucoup plus loin que c'était auparavant le cas.

En outre, même les changements électroniques dans la technique constatés aujourd'hui peuvent être exagérés quand on les compare aux effets des changements analogues survenus il y a un siècle et demi. Outre le fait de permettre la création d'un marché mondial véritable au sein duquel tous les intervenants avaient presque en même temps accès aux mêmes renseignements sur les prix, transcendant ainsi les contraintes de lieu, l'avènement du télégraphe a donné aux criminels un nouvel outil fort utile. Les courtiers n'ont pas perdu beaucoup de temps à utiliser l'accès rapide aux données sur le commerce ou à obtenir des informations privilégiées et d'initié; les auteurs de manœuvres frauduleuses tout comme les courtiers en produits s'en servaient pour explorer les marchés. Dès le départ, les sociétés de télégraphie se sont inquiétées des pirates et de la sécurité des transferts de fonds; fondamentalement, leurs préoccupations étaient à peu près celles que nous éprouvons aujourd'hui à propos du commerce et des finances sur l'Internet.[3]

[3] Voir l'excellent traitement que fait de la question Tom Sandage, *The Victorian Internet*, New York, Berkley Books, 1999.

Cela ne veut pas dire que les techniques sont sans importance. De toute évidence, des dispositifs comme le transfert d'appels peuvent être utilisés pour confondre des cibles potentielles lors d'opérations frauduleuses. Les nouvelles technologies électroniques permettent également la répétition multiple de certains actes qui, dans le passé, auraient nécessité beaucoup de temps, et qui auraient peut-être été impossibles à réaliser. Les technologies de l'électronique ont certainement été importantes ces dernières années pour contrefaire des chèques, des cartes de crédit, des titres et de la monnaie. Elles ne représentent cependant rien d'autre que l'étape la plus récente d'une lutte constante entre les émetteurs d'instruments financiers et les fraudeurs potentiels dont les origines remontent à la création des instruments de crédit modernes .[4]

Trois autres facteurs doivent également être pris en considération.

Premièrement, les criminels connaissent dans l'ensemble très mal la technologie. La plupart des crimes sont commis à l'aide de techniques anciennes. Même en ce qui concerne le blanchiment de l'argent, on n'a découvert aucun cas de recours à l'argent électronique, alors qu'on sait que de nombreux criminels traversent encore de grandes quantités de billets de banque au-delà des frontières.

Deuxièmement, par contre, l'État ne semble plus autant hésiter à utiliser les nouvelles technologies pour l'échange de renseignements et la surveillance. On peut donc soutenir que celles-ci contribuent davantage à la détection et à la résolution qu'à la perpétration des crimes.

Troisièmement, et ironie du sort, bien que le scénario alarmiste fasse état de la technologie rendant les groupes criminels traditionnels plus aptes à commettre des crimes de cols blancs, la vérité semble être le contraire - les changements technologiques ont davantage tendance à rendre les grandes organisations non concurrentielles et inutiles. Soit dit en passant, cette démocratisation des possibilités criminelles nous amène davantage à concentrer notre attention sur le crime plutôt que sur le contrevenant.

3.0 Comprendre le crime motivé par le profit

Les faiblesses décelées dans les paradigmes existants ont toujours rendu difficile de comprendre le crime motivé par le profit. Non seulement la préoccupation première de la criminologie a toujours été d'identifier les contrevenants, mais, de toute évidence, le système de justice pénale met l'accent sur la poursuite de la personne réputée responsable d'un acte et non sur l'acte en soi, nonobstant la popularité croissante des confiscations véritables. Les délinquants étant tous assujettis au même code criminel, on est très peu incité à chercher à voir, en ce qui a trait à l'organisation et aux

[4] Merci à Mike Levi pour ces exemples.

conséquences économiques, les différences entre le tueur à gages et celui qui fait la contrebande de cigarettes, la personne qui vole un sac à main et le pédophile, l'explosion d'un coffre-fort et une machination de télémarketing. De ce point de vue, entre, par exemple, l'entrée par effraction et le délit d'initié, la principale distinction est la classe sociale et, présumément, les chances de réhabilitation du délinquant. Il est pourtant possible de classer les crimes motivés par le profit en plusieurs catégories économiques distinctes sans s'embourber dans les contestations au sujet des origines sociales du délinquant.[5]

3.1 Les crimes contre la personne

Il y a d'abord les crimes contre la personne - c'est-à-dire les crimes qui vont du vol de sac à main à l'extorsion en passant par l'enlèvement en vue d'obtenir une rançon. Même si la façon dont ces crimes sont commis peut présenter de nombreuses complexités (tirées par exemple des changements technologiques), ces crimes sont dans leur essence simples et directs.

Un crime contre la personne :

- implique une *redistribution de la richesse existante* d'une partie à une autre;
- amène des transferts *bilatéraux* entre la victime et l'auteur du crime. Même si d'autres personnes peuvent être impliquées dans des actions subséquentes concernant le bien convoité, l'acte principal demeure un transfert bilatéral;
- implique des transferts qui sont également *involontaires*, habituellement exécutés au moyen de la force ou de la menace, bien que parfois la tromperie suffise;
- crée des *victimes* immédiatement identifiables (individus, institutions ou entreprises);
- provoque, chez les victimes, des *pertes* faciles à déterminer - la personne, l'institution ou l'entreprise lésée peut établir des sommes ou des biens précis;
- implique une *moralité non ambiguë* - quelqu'un a été victime de quelqu'un d'autre;
- appelle des *politiques simples* - punition directe du coupable s'ajoutant à la restitution du bien volé à la victime.

De tout temps, le système judiciaire et l'appareil d'application de la loi ont été conçus pour aborder principalement la forme de crime motivé par le profit touchant la personne, crime où il y a une victime précise, un bien facile à repérer qui s'est retrouvé entre mauvaises mains et une solution directe basée sur de simples principes moraux faisant l'objet d'un vaste consensus au sein de la société.

[5] La distinction entre un crime contre la personne et un délit commercial a d'abord été élaborée dans l'ouvrage de R.T. Naylor, « From underworld to underground: Enterprise crime, "informal sector" business and the public policy response », *Crime, Law & Social Change*, 1996, p. 24 et « Mafias, myths and markets: On the theory and practice of enterprise crime », *Transnational Organized Crime*, 1997, vol. 3, no 3. Cette différence a été élaborée pour inclure les délits commerciaux dans l'ouvrage de R.T. Naylor, « Washout: A critique of follow-the-money methods in crime control policy », *Crime, Law & Social Change*, 1999, p. 32, et pour inclure le « délit commercial » dans l'ouvrage de Margaret Beare et R.T. Naylor, « Major issues relating to organized crime: The economic context », *Commission du droit du Canada*, avril 1999.

Les responsables de l'application de la loi voient encore, à tort, la criminalité comme un phénomène essentiellement touchant la personne (en fait, un phénomène « voleurs-policiers »). Pourtant, d'autres formes de crimes motivés par le profit sont assez différentes de par leur nature et de par leur impact socio-économique. Dans ces catégories, le tort est plus difficile à évaluer, l'identité, voire l'existence des victimes, plus problématiques et les limites entre les responsabilités des agences de réglementation économique et des forces policières ne sont plus aussi précises.

3.2 Infractions axées sur les marchés

Les crimes axés sur les marchés (ou d'entreprise) forment la deuxième catégorie. Il existe quelques incidents isolés d'interdiction de trafic de certains biens et services datant de plusieurs siècles, mais dans l'ensemble, ces interdictions sont relativement nouvelles. La plupart de ce que l'on considère aujourd'hui comme des infractions axées sur les marchés découlent de décisions (si l'on peut vraiment dire) au début du XXe siècle de criminaliser le vice personnel (consommation de drogues ou d'alcool, jeu, prostitution, etc.)[6].

Un crime axé sur les marchés :

- implique la production ou la distribution de *nouveaux biens et services, illégaux* de par leur nature même;
- suscite des échanges *multilatéraux* impliquant (entre autres) producteurs, distributeurs, détaillants et gestionnaires d'argent qui s'occupent de l'offre, et des consommateurs qui répondent à la demande, comme s'il s'agissait d'opérations commerciales légitimes;
- provoque des transferts *volontaires*;
- rend difficile la définition de « *victime* », à moins de la définir de façon abstraite comme la « société en général »;
- génère des *revenus gagnés* par le fournisseur et des dépenses par le consommateur et non des pertes;
- suppose une *moralité ambiguë* qui peut également subir un changement soudain et radical;
- crée un *débat social qui divise* sur les bonnes politiques à adopter pour contrer le phénomène.

Ce dernier point constitue une distinction très importante entre les crimes contre la personne et les crimes axés sur le marché. Il n'existe actuellement aucun groupe de pression crédible, formé notamment d'anciens agents de police à la retraite, qui réclame la légalisation du vol à main armée. Et il est fort peu probable qu'il y en ait un dans un avenir prévisible.

---

6 Pour avoir une bonne idée de la création des infractions axées sur les marchés au début du siècle, voir, notamment, Mike Gray, *Drug Crazy: How We Got Into This Mess & How We Can Get Out*, New York, Random House, 1998; et Mark Thornton, *The Economics of Prohibition*, Salt Lake City, University of Utah Press, 1991.

Il ne faut pas non plus présumer que, parce que les cas ne sont pas consignés officiellement ou que les arrangements institutionnels manquent de simplicité, les marchés des biens et des services illégaux sont radicalement différents des marchés légaux, ou sans chichis. Il existe dans toute la chaîne des interactions commerciales indépendantes complexes entre divers niveaux du côté de l'offre, et des types différents de relations débit et crédit entre les fournisseurs et les consommateurs[7]. C'est vrai pour les drogues, les armes, l'or et toute une gamme d'autres biens[8].

Les infractions axées sur le marché peuvent en outre être subdivisées en trois sous-ensembles :

1. celles que favorisent les restrictions de la réglementation;
2. celles qu'encourage la fiscalité;
3. celles qui résultent d'une interdiction.

Dans le premier cas, les restrictions à l'égard de la somme totale permise, ou des règles administratives dictant une répartition des ressources favorisent l'émergence d'un marché parallèle dans lequel le « bien réglementé » est disponible à un prix plus élevé que celui offert sur le marché légal mais contrôlé. C'est le cas par exemple des stéroïdes vendus sur le marché noir qui sont détournés du système de distribution pharmaceutique légal et dans une certaine mesure, du commerce illégal des animaux sauvages ou de l'ivoire, par exemple.

Dans le deuxième cas, les biens assujettis à une taxe d'accise, une taxe sur les produits de luxe, sont offerts sur le marché parallèle à un prix inférieur à celui du marché légal, la différence étant grandement (bien que pas exclusivement) fonction de la taxe évitée. C'est ce qu'on peut appeler de la « contrebande relative ».

Dans le troisième cas, où les biens ou les services constituent de la « contrebande absolue », il n'y a pas de prix légal correspondant, seul le prix du marché illégal fait foi.

Selon le contexte juridique, certains services pourraient tomber dans l'une des trois sous-catégories. Le jeu illégal, par exemple, est de la contrebande absolue dans les régions où il est complètement interdit. Cependant, il s'agit de contrebande relative lorsque les paris sont permis dans des endroits qui paient de lourdes taxes. Et cela devient un service réglementé pouvant être dévié sur un marché parallèle quand la loi permet seulement des établissements gérés par l'État ou possédant un permis d'État pour offrir aux citoyens le droit de se ruiner à long terme en échange d'une poussée d'adrénaline à court terme.

---

7 Au début des années 1980, par exemple, à Cochamba, en Bolivie, il était possible de conclure des contrats verbaux, parfois payés à la marge, pour la livraison future de quantités spécifiées de pâte de cocaïne à un prix précis. Cela venait éliminer les problèmes de liquidités auxquels faisaient face les fabricants au cours d'une période où le marché spot était faible. Voir Anthony Henman, « Cocaine futures » dans Roger Henman et autres (éditeurs), *Big Deal: The Politics of the Illicit Drugs Business*, London, Pluto Press, 1985, p. 171.

8 Voir, par exemple, R.T. Naylor, « Loose cannons: Covert commerce and underground finance in the modern arms black market », *Crime, Law & Social Change* 22, 1995, et « The underworld of gold », *Crime, Law & Social Change* 25, 1996.

INFRACTIONS AXÉES SUR LE MARCHÉ : TYPOLOGIE

Type	Créée par	Relation avec le prix
Bien réglementée	Restriction	Prix illégal supérieur au prix legal
Contrebande relative	Fiscalité	Prix illégal inférieur au prix legal
Contrebande absolue	Interdiction	Aucun point de référence légal

Ces différences sont importantes, à la fois pour les types d'options stratégiques qui pourraient être nécessaires, et pour les méthodes permettant d'évaluer leur succès ou leur échec. Par exemple, une politique efficace dans le premier type de bien ou de service réussira à restreindre l'approvisionnement sur le marché parallèle et, donc, à élargir l'écart entre le prix légal et le prix illégal. Par ailleurs, une politique qui est efficace dans le second cas accroîtra l'approvisionnement sur le marché légal comparativement au marché illégal et viendra réduire l'écart. Une politique qui serait utile dans le troisième cas ne peut être évaluée en faisant référence uniquement au prix. Faute de source ou de substitut légal, quand les efforts déployés dans l'application de la loi font grimper les prix, le client préférera parfois dépenser plus d'argent pour se procurer le produit prohibé que de réduire sa consommation.

Les trois types d'infractions tombent néanmoins dans la catégorie générale des crimes axés sur le marché et sont donc fondamentalement différents des crimes motivés par le profit et commis contre la personne.

À vrai dire, le contraste entre les crimes contre la personne et les crimes axés sur le marché semble en pratique parfois un peu flou. Certains crimes contre la personne, par exemple, nécessitent la perpétration de crimes axés sur le marché pour se débarrasser de la marchandise ou blanchir les produits de la criminalité. Néanmoins, aussi complexes que de telles opérations puissent être, elles sont secondaires. L'acte premier qui consiste à générer l'argent est sans contredit un crime contre la personne puisqu'il implique un transfert involontaire d'un bien existant.

De même, certaines infractions axées sur le marché sont commises dans un environnement ponctué par la force ou la fraude. Il arrive qu'à l'occasion les trafiquants de drogue règlent leurs comptes à la pointe du fusil et dénaturent leur marchandise avant qu'elle ne soit vendue au client final. Cependant, l'acte fondamental est habituellement un contrat consensuel entre le fournisseur et le consommateur de biens et de services nouveaux. Et c'est là que le bât blesse.

Il faut deux personnes pour commettre une infraction axée sur le marché : il ne peut y avoir de marché s'il n'y a pas d'offre et de demande. Pourquoi alors les fournisseurs devraient-ils être les seuls pénalisés? C'est l'approche habituellement adoptée aujourd'hui, mais elle ne repose sur aucune moralité ni aucune logique. Dans le cas des infractions contre la personne, le « fournisseur », pour ainsi dire, prend l'initiative d'agir contre une victime non consentante. Un marché illégal est cependant presque toujours axé sur la demande. En ce sens, le client est plus coupable que le fournisseur, même si le système de justice pénale fonctionne précisément en regard de l'hypothèse contraire.

3.3 Délits commerciaux

Une troisième catégorie, un peu plus floue, pourrait être définie comme délits *commerciaux* (dans un sens plus limité que celui que lui donnent les forces policières faisant partie de divisions du « crime commercial »). Ces crimes sont commis *par* des entrepreneurs autrement légitimes, des investisseurs et des entreprises. (Les crimes commis *contre* eux - par exemple, un employé qui détourne des fonds dans un compte d'achat - tomberaient dans la catégorie des crimes contre la personne.)

Les délits commerciaux peuvent, à leur tour, être subdivisés en crimes de production et crimes de distribution. Dans le premier cas, un entrepreneur ou un cadre peut entreprendre le déversement illégal de déchets toxiques pour éviter les coûts d'une élimination adéquate ou violer les normes de sécurité pour économiser de l'argent pour l'achat d'équipement. Ce sont des crimes dont l'objectif premier est de réduire les coûts. Dans le second cas, la partie responsable peut falsifier des données sur un contrat pour gonfler la facture ou leurrer les clients en offrant des garanties de produit sans valeur. Ce sont là des crimes dont le but premier est d'accroître les recettes. Même si la gamme de ces crimes est variée, les délits commerciaux présentent certaines caractéristiques communes.

Un délit commercial :

- implique la production de biens et de services qui sont *légaux en soi*, mais dont les méthodes de production ou de distribution sont illégales;
- crée des échanges *multilatéraux* dans un contexte commercial normal;
- produit des échanges qui sont *en surface volontaires et ont un aspect caché involontaire*;
- produit des *victimes* en impliquant la fraude contre des travailleurs, des fournisseurs, des clients et, dans des cas comme les infractions environnementales, contre le public dans son ensemble;
- génère des *revenus gagnés mais non mérités* au moyen de méthodes illégales;
- invoque, en principe, une *moralité non ambiguë*, puisqu'il y a fraude;
- prévoit une sanction qui, logiquement, devrait impliquer la *restitution* de biens endommagés ou détournés.

Là encore, ce qui est clair en théorie ne l'est pas nécessairement en pratique. Dans bien des cas, il est difficile de déterminer où une pratique commerciale bien définie prend fin et où commence la fraude. À quel moment une stratégie de vente sous pression devient-elle un abus de confiance? À quel moment une publicité efficace devient-elle délibérément trompeuse? Une fois franchie la limite entre l'information pure et la publicité, la distinction entre publicité légitime et fraude commerciale devient assez problématique.

Il découle de ces ambiguïtés que, si certaines délits commerciaux peuvent être suffisamment et clairement définis pour nécessiter des poursuites criminelles traditionnelles, ce n'est peut-être pas le cas d'autres types d'infractions. Les tribunaux civils semblent souvent le recours le plus logique pour résoudre de nombreux différends qui tombent dans cette catégorie. Pourtant, la tendance est à la criminalisation d'actions autrefois considérées comme des problèmes ou des enjeux de réglementation qui devaient être réglés par les tribunaux civils. C'est particulièrement évident pour certains types d'infractions touchant des titres boursiers[9] .

Si une affaire implique qu'on a falsifié un prospectus à l'aide de données sur les ventes complètement fabriquées ou forgé un échantillon de minerai avant d'annoncer l'émission d'actions minières de second rang, il y a manifestement fraude[10]. Cependant, dans les opérations de valeurs mobilières, les choses sont rarement aussi claires. La plupart des prospectus sont conçus pour attirer les gens et non pour informer. En outre, un autre type majeur d'infraction impliquant des titres de valeur, c'est-à-dire le délit d'initié, criminalisé dans de nombreux pays d'Occident après que les États-Unis eurent pris les devants dans les années 1980, soulève certaines questions particulièrement sérieuses.

Au départ, le délit d'initié était une infraction impliquant des gestionnaires d'entreprises sur le point de fusionner qui utilisaient cette information pour spéculer à leur propre profit. L'infraction a ensuite été élargie au-delà de sa définition initiale pour englober des employés de cabinets d'avocats planifiant des fusions et des acquisitions, des banques commerciales impliquées dans le financement de ces fusions et acquisitions, des reporters de journaux financiers profitant de fuites et même les concierges pouvant recueillir des notes de service dans les poubelles. Si l'une ou l'autre de ces personnes utilisait ce genre d'information pour prévoir le mouvement des actions à son propre profit, elle était coupable d'un délit d'initié[11] . On ne savait alors plus où se situent en réalité les frontières entre l'« information privilégiée » et la recherche normale des données sur lesquelles les investisseurs potentiels se basent pour acheter des actions. En même temps, la question principale n'est plus la violation d'obligations fiduciaires et devient simplement l'obtention de profits que d'autres personnes croyaient à juste titre être les leurs, parce qu'elles avaient prévu les

[9] De 1950 à 1990, par exemple, seulement 12 personnes ont écopé d'une peine d'emprisonnement en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario. Au cours des cinq années suivantes, 14 personnes ont été emprisonnées. (18 OSCB 346, 27 janvier 1995.)

[10] Voir, par exemple, les cas décrits par Diane Francis, dans *Contrepreneurs*, Toronto, MacMillan,1988.

[11] Pour un examen des scandales de délits d'initié de Wall Street du milieu à la fin des années 1980, voir R.T. Naylor, *Hot Money and the Politics of Debt*, 2e édition, Montréal, Black Rose Books, 1994, Postscript II.

fluctuations du marché boursier. Cette tendance à vouloir obtenir un mandat toujours plus large tout en jetant un voile sur les enjeux moraux essentiels semble être un danger inhérent à toutes les tentatives d'utiliser le *Code criminel* pour des fins de réglementation économique.

Cependant, même si le délit d'initié était redéfini pour mieux l'harmoniser avec son mandat initial, sa logique pourrait toujours être remise en question. Le délit d'initié n'est pas un crime contre la personne - il n'implique pas le transfert forcé de biens. Ce n'est pas un crime axé sur le marché - l'objet de l'échange, les titres, est parfaitement légal. Ce n'est même manifestement pas un délit commercial - réaliser des opérations à partir de renseignements privilégiés pour tirer des profits des mouvements du marché qui se font pour des raisons indépendantes n'est pas la même chose que d'exploiter le marché pour l'orienter dans une direction particulière. Le délit d'initié ne cause aucune victime au sens classique du terme. Ce qui est en jeu, c'est un conflit entre deux ensembles d'investisseurs au sujet de la répartition des profits. Auparavant (et dans la majorité des cas aujourd'hui aussi), la plupart de ces différends étaient (ou sont) confiés aux tribunaux civils. Sur les marchés boursiers comme sur les pistes de course, il ne faut jamais oublier que s'il est utile d'avoir de bons tuyaux, à moins de falsifier l'enregistrement, ou de doper le cheval, les résultats ne sont jamais garantis.

RÉSUMÉ : PRINCIPALES INFRACTIONS

Type	Transfert	Acte fondamental	Méthode
Contre la personne	Biens	Illégal (vol)	Illégale (force ou escroquerie)
Axée sur le marché	Biens et services illégaux	Illégal (trafic)	Légale (marché)
Commerciale	Biens et services légaux	Légal (marché)	Illégale (fraude)

Ainsi, les trois types de crimes motivés par le profit varient beaucoup non seulement en ce qui a trait à leur nature et à leur impact économique, mais aussi à l'égard de leurs implications juridiques. En ce qui concerne les crimes contre la personne, l'acte fondamental et la méthode sont tous deux illégaux. Pour les crimes axés sur le marché, l'acte fondamental est illégal alors que la méthode en soi (échange sur libre marché pour une valeur équitable) ne l'est pas. Dans les délits commerciaux, l'acte fondamental est légal, mais la méthode ne l'est pas.

3.4 Infractions sociales

Une quatrième catégorie, plus nébuleuse, pourrait être définie comme étant un crime *social*. Ici, l'infraction est la conséquence indirecte d'une action autrement légitime. Les biens et services sont intrinsèquement légaux et la méthode de production et de distribution est conforme aux règles établies. Mais des « facteurs externes » accidentels ou imprévisibles (l'impact d'actes légaux sur la société ou l'environnement dans son ensemble) ont des conséquences sociales négatives et importantes.

Dans cette catégorie, les actions doivent être évaluées en regard d'une norme plus élevée que celle qui est établie dans le *Code criminel* et il n'y a souvent pas de recours institutionnalisé et bien défini. Identifier la partie responsable - cadres et gestionnaires d'une entreprise à titre individuel, l'entreprise elle-même en tant qu'entité distincte - constitue un problème majeur. S'il s'agit d'une entreprise, dans quelle mesure peut-elle même être présumée avoir une intention criminelle sans laquelle l'application du droit criminel devient difficile à justifier[12] ? En outre, le système de justice pénale n'est pas, et ne le sera jamais, en mesure d'établir l'équilibre, par exemple, entre les pertes d'emploi, de revenus et de recettes fiscales qu'engendrent les campagnes de lutte contre le tabagisme et les coûts pour la santé publique de la consommation de produits du tabac.

4.0 Crime et bien-être économique

Cette distinction est utile pour éliminer une autre source commune de confusion - l'activité criminelle fait-elle augmenter ou diminuer la richesse nationale? Certains prétendent que c'est une perte à coup sûr, impliquant des pertes pour les citoyens respectueux de la loi en plus des coûts de fonctionnement du système de justice pénale et correctionnel. En fait, on défile en général un chapelet de statistiques sur la criminalité, groupant toutes les infractions en un « taux » général de criminalité accompagné d'une perte estimative pour la société. D'autres soutiennent que de telles statistiques sont inutiles compte tenu de l'ampleur et des conséquences sociales des sous-composantes et que certains types de crimes, jugés en termes strictement économiques, offrent un net avantage en générant de nouveaux revenus pour certains citoyens. (En fait, certains vont plus loin, soutenant qu'une activité économique souterraine est bonne dans la mesure où elle remet en question les « mauvaises lois » qui retardent le développement économique[13] .)

---

[12] Il existe énormément de documents litigieux portant sur la question du « crime d'entreprise ». Le débat a commencé avec la publication de l'ouvrage d'Edwin Sutherland, *White Collar Crime*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1949; elle a été considérablement détaillée dans l'ouvrage de Christopher Stone, *Where The Law Ends: The Social Control of Corporate Behaviour*, New York, Harper & Row, 1975; elle a été reprise dans l'ouvrage de Marshall Clinard et Peter Yeager, *Corporate Crime*, New York, Free Press, 1980 pour atteindre probablement son point culminant avec John Braithwaite dans *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*. Même si beaucoup de documents ont été rédigés depuis, les deux positions étaient essentiellement celle des légalistes qui voyaient l'entreprise comme incapable de commettre des crimes distincts de ceux de ses cadres, et celle de ceux qui soutenaient qu'il y avait responsabilité de l'entreprise collective et distincte. En ce qui a trait à la question de l'intention criminelle d'une entreprise et des diverses permutations et combinaisons proposées, voir Russell Mokhiber, *Corporate Crime and Violence*, San Francisco, Sierra Club, 1988, pp. 23-24.

[13] La version la plus poussée, mais très influente, de cette doctrine a été formulée par Hernando de Soto, *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*, New York, Harper and Row, 1989. Pour une critique, voir Naylor, « From underworld to underground: Enterprise crime, "informal sector" business, and the public policy response », *Crime, Law & Social Change* 24, 1996, p. 87-90 et Francisco Thoumi, *Political Economy & Illegal Drugs in Colombia*, Boulder, Lynne Rienner, 1995, chap. 2.

En réalité, les deux parties ont raison, car elles parlent de deux choses tout à fait différentes.

Les crimes contre la personne sont essentiellement des crimes de redistribution de la *richesse existante*. Ne générant pas de nouveaux biens et services, ils n'accroissent pas les revenus totaux. Sauf en ce qui concerne les conséquences indirectes comme les coûts d'une sécurité accrue (argument que peuvent invoquer les deux parties), leur effet net sur le produit national brut (PNB) est donc nul.

Par contre, les crimes axés sur le marché impliquent la production et la distribution de *nouveaux biens et services*. Évalués en termes strictement économiques, ils devraient avoir un impact positif sur le PNB. En fait, il est maintenant de pratique courante dans de nombreux pays que d'essayer d'évaluer la valeur des opérations souterraines au chapitre des biens et services légaux et illégaux, à la condition qu'ils soient basés sur des échanges consensuels, et d'ajouter cette valeur aux données existantes nationales sur les revenus pour donner une meilleure vue d'ensemble du « rendement » des économies.

Les délits commerciaux sont plus difficiles à juger. Essentiellement, un délit commercial consiste à appliquer des méthodes illégales à la production et à la distribution de biens et de services légaux qui autrement seraient produits par quelqu'un d'autre à l'aide de méthodes légales. Le fournisseur qui, par exemple, utilise des méthodes illégales pour réduire ses coûts ne fait pas de gains au détriment d'autres fournisseurs ou de ses propres travailleurs; c'est strictement une question de redistribution. Il n'y a pas d'effet net sur la production totale de biens et de services au sein de l'économie. Les gains réalisés par le fournisseur au détriment des clients en réduisant la qualité ou en faisant de la publicité trompeuse, en ne fournissant pas au client le bien ou le service conforme à ce qu'il croit obtenir, sont effectivement réduits. Le PNB, rajusté pour tenir compte de la qualité des biens, devrait tomber dans cette catégorie. Par contre, il existe une lointaine possibilité que la perpétration d'une infraction commerciale facilite à l'occasion l'expansion de l'offre de biens et de services. Si, par exemple, la fraude prend la forme de quelque chose comme l'élimination illégale de déchets dangereux, engendrant une réduction des coûts pour les consommateurs au détriment de l'environnement, selon la façon dont l'impact économique des dommages environnementaux est évalué, le résultat pourrait se traduire par une augmentation effective du PNB - même si une comptabilité environnementale pourrait éliminer toute notion voulant que cela représente un gain net pour le bien-être économique.

De même, avec le crime social, l'effet net dépend entièrement de la façon dont il est mesuré. Si les revenus nationaux sont évalués de façon normale, en examinant la valeur totale des opérations commerciales, alors toute production de nouveaux biens et services accroît inévitablement le PNB total de la société et, partant, supposément, le bien-être économique[14] . Cela est encore plus vrai parce que dans ce cas,

[14] C'est la mesure conventionnelle. C'est aussi une absurdité. Les mesures du PNB ont été conçues au départ non pas pour mesurer le bien-être, mais pour calculer les ressources totales mises à la disposition des gouvernements durant la guerre. Depuis, même si elles ont été l'objet de critiques répétées et dévastatrices, elles se sont transformées en mesures du bien-être économique. (Voir, par exemple, Victor Anderson, *Alternative Economic Indicators*, New York, Routledge, 1991.)

contrairement au crime axé sur le marché, les nouveaux biens et services, qui sont légaux, peuvent être directement mesurés. Mais si le revenu national est mesuré de façon plus globale pour tenir compte de la dépréciation potentielle du capital humain et écologique, il y a des coûts non prévus qui devraient être soustraits. Il est impossible de prévoir quel sera l'effet net.

Dans tous les cas, lorsqu'on évalue les effets économiques globaux d'un acte criminel, il faut faire une distinction entre l'impact immédiat de l'acte au niveau micro, et les conséquences de l'accroissement des dépenses pour les services policiers, les poursuites et les services correctionnels au niveau macro. Si une économie connaît le plein emploi, certains diront que le détournement de ressources à des fins économiques non productives liées au contrôle de la criminalité est une perte nette. Mais si l'économie a des ressources non utilisées, l'accroissement des dépenses au titre des services policiers, des services de poursuite et de l'emprisonnement constitue exactement une autre injection nette de fonds pour produire un effet multiplicateur positif. En fait, l'une des raisons pour lesquelles l'économie américaine n'a pas connu de chute spectaculaire durant la période ayant suivi la guerre froide est peut-être que l'augmentation des dépenses pour le complexe de l'industrie carcérale a plus que compensé les compressions effectuées dans ce qui était auparavant le complexe de l'industrie militaire. Au cours de la dernière décennie, le budget militaire est tombé à environ 50 milliards de dollars US, alors que le budget pour le contrôle de la criminalité s'est élevé à environ 100 milliards de dollars. En outre, le fait que les États-Unis emploient tant de main-d'œuvre dans la construction et l'entretien des prisons, et emprisonnent un pourcentage important de la population économiquement active pourrait très bien expliquer pourquoi le taux de chômage américain est plus faible que celui d'autres pays occidentaux riches[15].

4.1 Crimes secondaires

L'existence de telles distinctions bien claires en théorie, mais moins en pratique, a d'autres répercussions importantes sur ce que veut dire au juste la perpétration d'actes criminels secondaires. Prenons par exemple la violence, le blanchiment d'argent, l'évasion fiscale et la corruption.

La violence (effective ou implicite) joue un rôle radicalement différent selon le type de crime. Elle est au cœur des crimes contre la personne, et sans elle, dans bien des cas, l'acte principal ne pourrait avoir lieu. Elle menace donc directement et délibérément la société légitime. Par contre, dans les crimes axés sur le marché, la violence en soi n'est pas requise - les transferts d'argent et de biens sont volontaires. La violence se produit

[15] Mieux encore, le processus peut être plus autonome que les dépenses affectées à l'industrie militaire. Plus on emprisonne de gens qui perdent leur droit de vote, moins il y a de gens qui peuvent s'opposer sur le plan politique à l'augmentation des dépenses pour les prisons alors que, de l'autre côté, plus il y a de gens qui tirent leur revenu de l'industrie carcérale, plus on risque d'obtenir leur appui politique. Ces questions sont traitées de façon excellente par Joel Dyer, dans *The Perpetual Prisoner Machine: How America Profits from Crime*, Boulder, Westview, 2000.

surtout dans une phase secondaire, dans des rivalités entre des fournisseurs au sujet des profits qui en résultent. Elle découle donc du fait que certains biens et services sont illégaux plutôt que d'être inhérente à l'acte qui consiste à servir le marché en tant que tel.

En ce qui concerne le blanchiment d'argent, il y a aussi une différence. Dans les trois types de crimes, il peut être nécessaire que le criminel commence par se cacher puis blanchisse l'argent pour éviter d'être repéré et pouvoir jouir des produits de l'argent. Mais advenant le cas où l'auteur est pris, le sort ultime de l'argent est assez différent.

RÉSUMÉ : INFRACTIONS SECONDAIRES

Crime	Violence	Corruption	Blanchiment d'argent	Évasion fiscale
Contre la personne	Normale	Rare	Rare	Aucune
Entreprise	Parfois	Parfois	Souvent	Souvent
Commercial	Jamais	Souvent	Parfois	Parfois

Pour ce qui est des infractions contre la personne, il n'y a pas de « produits » au sens normal du terme, et donc aucune présomption de confiscation des produits. Il y a plutôt un bien qui doit être rendu à la victime. Dans les infractions axées sur le marché, il y a manifestement des produits qui sont illicitement acquis, mais il n'y a pas de victime à qui il faut rendre cet argent. C'est sur ce point précis que reposent les lois sur la confiscation. Dans les délits commerciaux, il peut y avoir un mélange des deux - un bien obtenu frauduleusement et des profits illicites. Logiquement, les deux éléments devraient être traités de façon distincte.

Les principaux types de crimes motivés par des raisons économiques diffèrent également selon leurs implications financières. Dans les infractions contre la personne, l'acte fondamental (détournement des ressources) et la méthode utilisée pour l'exécuter (force ou fraude) sont illégaux; il n'y a pas d'implications fiscales. Les impôts sur le revenu sont perçus sur les nouveaux revenus nets, et non sur la redistribution des revenus existants. Les criminels qui commettent des infractions contre la personne devraient rembourser les victimes et se voir peut-être imposer des amendes en plus ou au lieu des peines d'emprisonnement. Mais logiquement, ils ne devraient pas être tenus de payer des impôts sur leurs gains obtenus de façon illégale puisque la victime, à qui on devrait remettre la totalité des biens volés, se trouverait être la seule qui assume le fardeau de l'impôt sous forme de fonds réduits restitués.

Dans le cas des infractions axées sur le marché, où l'acte fondamental (la vente de biens et de services explicitement interdits) est illégal, mais la méthode utilisée (échange volontaire) ne l'est pas, les répercussions fiscales sont également claires. L'impôt sur le revenu s'applique légalement aux produits de la vente d'un bien ou d'un service, qu'il soit légal ou illégal. Le fait de ne pas le payer aux autorités fiscales ajoute à l'infraction de base un niveau supplémentaire de criminalité. Si le bien vendu est taxé sur les marchés légaux, il peut y avoir une autre couche d'infraction fiscale découlant de l'omission de payer la taxe d'accise et les taxes sur la valeur ajoutée. Bien sûr, cela ne s'applique pas dans le cas de biens prohibés. Et pour ce qui est des biens réglementés, cela peut s'appliquer ou non, selon que les biens sont détournés vers le marché noir directement par le fournisseur ou après avoir suivi la chaîne officielle de la mise en marché.

Pour ce qui est des délits commerciaux, la situation est plus compliquée. Que l'infraction ait des répercussions fiscales ou non dépend du cas précis et du type précis de taxe.

Si un bien est sujet à une taxe d'accise spéciale, l'évasion fiscale en soi constitue l'infraction axée sur le marché. Le bien devient un bien de contrebande pouvant être saisi et détruit. Cependant, si un bien est assujetti non pas à une taxe d'accise mais à une taxe de vente ou de valeur ajoutée, l'évasion de ces taxes constitue un délit commercial. C'est la vente d'un bien ou d'un service légal par des moyens illégaux qui est en cause. Le bien n'est pas en soi un bien de contrebande.

Ainsi, trois infractions fiscales distinctes sont commises. La première, l'évasion de la taxe d'accise ou d'une autre taxe spéciale applicable à un bien particulier, implique la transformation de ce bien en un bien de contrebande. L'infraction fiscale et le crime axé sur le marché deviennent synonymes. La deuxième, l'évasion de la taxe de vente, implique un crime concernant les méthodes de production ou de distribution et transforme donc un acte légal en un délit commercial. La troisième, l'évasion de l'impôt sur le revenu, implique un crime concernant les produits financiers d'actes de production ou de distribution et s'applique surtout aux infractions axées sur le marché bien qu'elle puisse être présente également dans le délit commercial.

Ces considérations indiquent que les trois types de crimes impliquent trois types différents de responsabilités pour le système de justice pénale en ce qui a trait aux produits de la criminalité. Pour ce qui est des infractions contre la personne, le rôle du système judiciaire consiste simplement à retrouver le bien détourné et à le rendre à son propriétaire. Dans les infractions des entreprises, il peut consister à trouver et à taxer les revenus cachés ou à trouver et à confisquer les profits illégaux - il serait illogique de tenter de faire les deux. Pour ce qui est des délits commerciaux, ce rôle peut inclure les trois responsabilités - restaurer des biens détournés (obtenus de façon frauduleuse), trouver et taxer les recettes cachées et trouver et confisquer les profits illégitimes. Dans tous les cas, les amendes peuvent être utilisées pour punir la partie coupable - tant par leur logique que par leur objectif elles se distinguent de la restitution, de la perception des taxes ou de la confiscation.

Enfin, vient la corruption. Ici aussi, il y a une grande différence dans les catégories.

Sauf peut-être le trafic des stupéfiants, aucun acte criminel n'a atteint une aussi grande notoriété ces dernières années que la corruption. La bataille est menée par les entreprises transnationales préoccupées non pas par la moralité, mais par la possibilité de se faire damer le pion par leurs concurrents ou d'avoir à débourser, sous forme de pots-de-vin, l'argent que l'évasion fiscale leur aurait permis d'économiser. Les politiciens s'élèvent toujours contre cela en public même si personne ne peut dire combien continuent de pratiquer cela en privé. Les nouveaux gouvernements perçoivent la lutte contre la corruption comme un excellent moyen de discréditer les régimes précédents et de purger la fonction publique des anciens fidèles du régime, ouvrant ainsi la porte à des nominations népotiques de leurs propres supporters. Les institutions de prêt internationales ont récemment joint les rangs, craignant que le coulage de devises étrangères dans les comptes de retraite offshore de fonctionnaires du Tiers Monde ne menace la capacité de leurs pays de rembourser leurs dettes étrangères. Ainsi, pour diverses raisons, une forte coalition anticorruption s'est formée - définissant, implicitement ou explicitement, la corruption comme le simple paiement direct de pots-de-vin, ce qui est sans doute sa forme la moins insidieuse.

Malgré la ferveur, quand il s'agit de crimes motivés par le profit, la corruption (au sens limité de paiement au comptant d'avantages économiques) n'est habituellement pas une infraction primaire. Les actes contre la personne n'impliquent pas la corruption en soi. Ni, strictement parlant, les infractions axées sur le marché, dans la mesure où les échanges commerciaux impliquent des valeurs équitables et un libre transfert. Cependant, il peut y avoir corruption comme conséquence secondaire de ces deux formes de délit lorsque les auteurs de crimes tentent de détourner le système d'application de la loi pour couvrir leurs actions. C'est également le cas dans certains types d'infractions commerciales lorsque ceux qui cherchent à obtenir un avantage commercial l'utilisent pour outrepasser les mécanismes normaux permettant d'avoir accès aux contrats ou aux ressources. Et même là, ce n'est probablement pas la norme. Lorsque la corruption est présente dans les crimes sociaux, elle prend également une forme particulièrement difficile à extirper.

On comprend donc facilement pourquoi, dans certains pays, les règlements économiques sont appliqués avec tant de parcimonie. Les organismes de réglementation deviennent rapidement captifs des industries qu'ils sont censés réglementer. Ce sont elles qui fournissent l'information primaire nécessaire pour faire appliquer les règles. En outre, entre l'organisme de réglementation et l'organisme réglementé, il y a habituellement une porte tournante permettant aux principaux cadres d'entrer et de sortir. (Le cas peut-être le plus notoire ces dernières années impliquait des entrepreneurs militaires aux États-Unis et le Pentagone[16].) Qui plus est,

[16] R.T. Naylor, « Corruption in the modern arms business: Lessons from the Pentagon scandals » dans Arvind Jain (éditeur), *The Economics of Corruption*, Boston, Kluwer, 1998.

les entreprises assujetties à la réglementation sont presque toujours d'importants donateurs politiques. Par conséquent, elles influencent directement, grâce à leurs contributions au cours des campagnes électorales et au lobbying exercé auprès des hommes politiques, et indirectement grâce à l'information conçue pour façonner l'opinion publique, tant pour ce qui est de la forme de la loi réglementaire que pour le degré d'enthousiasme avec lequel elle est appliquée. En fait, si les entreprises ne font pas face à plus de sanctions criminelles, ce n'est pas parce qu'elles respectent la nécessité d'assurer la sécurité des travailleurs et l'intégrité de l'environnement de façon si scrupuleuse, mais en raison de leur capacité de façonner le contexte réglementaire grâce à une forme de quête d'influence légalisée[17] .

5.0 Dix grandes complications

Une fois le crime motivé par le profit perçu du point de vue économique et non légal, et les distinctions mieux mises en relief, les difficultés auxquelles fait face le système judiciaire traditionnel deviennent aussi plus claires. Ces difficultés sont à la fois d'ordre moral et pratique.

5.1 Pionnier ou profiteur?

S'il existe des critères absolus pour juger le comportement, ce qui constitue un crime motivé par le profit est largement tributaire du contexte historique et politique. Le trafic d'opium, le trafic d'esclaves et la piraterie (c'est-à-dire la piraterie sous un drapeau national contre des navires d'ennemis désignés) étaient jusqu'à tout récemment beaucoup plus susceptibles de conférer à leurs auteurs un titre de chevalier que de les conduire au gibet[18] . Dans l'Europe médiévale, l'usure (c'est-à-dire le simple prêt d'argent avec intérêt, quel que fût le taux) était plus qu'un crime, c'était un péché. En fait, c'est encore le cas dans les pays où règne la loi coranique. Dans l'ancienne Union soviétique, deux des crimes économiques les plus graves étaient l'« exploitation » et la « spéculation », c'est-à-dire l'embauche de main-d'œuvre à l'extérieur du ménage et l'achat de biens avec intention de les revendre avec profit, ces pratiques constituant l'essentiel de l'économie capitaliste[19] .

Aujourd'hui, les violations des lois sur la propriété intellectuelle se retrouvent en tête de liste des crimes économiques. Les États-Unis réclament avec une vigueur particulière des mesures énergiques de la part des pays hôtes pour mettre un frein à la piraterie des brevets, des marques de commerce et des conceptions industrielles - en oubliant apparemment que, au XIXe et au début du XXe siècles, leur propre suprématie industrielle a largement été établie en copiant délibérément la technologie d'autres pays sans accréditation ni indemnisation.

---

17 Ces questions sont bien discutées dans Stone, *Where the Law Ends*, 95-117. Voir aussi Marshall Clinard, *Corporate Corruption: The Abuse of Power*, New York, Praeger, 1990 et David Burnham, *Above the Law: Secret Deals, Political Fixes and Other Misadventures of the US Department of Justice*, New York, Scribner, 1996.

18 À propos de la piraterie, voir, par exemple, Donald MacIntyre, *The Privateers*, London, Elek, 1975 et C.M. Senior, *A Nation of Pirates*, London, Newton Abbot, 1976.

19 Voir R.T. Naylor, *Patriots and Profiteers: On Economic Warfare, Embargo Busting and State-Sponsored Crime*, Toronto, McClelland & Stewart, 1999, chap. 6.

On aurait donc tort de supposer que les activités économiques actuellement perçues comme criminelles le seront toujours. Quelqu'un considéré comme criminel par un groupe de personnes à un moment donné pourrait être perçu par d'autres, ou même par le même groupe à un autre moment, comme un entrepreneur avant-gardiste.

Bien que l'on puisse arguer que partout dans le monde la société civile dispose actuellement d'un ensemble assez commun de critères permettant de juger ce qui constitue un crime contre la personne, rien ne nous empêche de dire la même chose pour les crimes commerciaux ou axés sur le marché. Pensez à une activité, un crime dans un pays et une activité légale dans un autre, qui est en passe de devenir de plus en plus importante et de plus en plus litigieuse au cours du XXIe siècle.

Au cours des deux dernières décennies, la mise au point de médicaments immunosuppresseurs jumelée, d'une part, à une population riche et vieillissante dans le Nord et, d'autre part, à un nombre de plus en plus important de jeunes pauvres dans le Sud, a mené à un trafic international d'organes destinés à la transplantation[20] . Dans le Nord, il est strictement interdit d'acheter et de vendre des parties du corps humain, position endossée par l'Organisation mondiale de la santé. Dans une bonne partie du Sud, même là où le trafic est illégal, la loi est rarement appliquée[21] . Bien que diverses parties du corps soient vendues - qu'il s'agisse de morceaux de peau ou d'ovaires en passant par le sperme - les parties les plus controversées concernent les organes des donneurs vivants qui ne se régénèrent pas, plus particulièrement les reins et la cornée. Les histoires d'horreur abondent en ce qui a trait au détournement d'organes de patients drogués dans les hôpitaux, ou au kidnapping de personnes par des réseaux de voleurs d'organes, mais la source la plus importante est en réalité volontaire. Bien que des efforts aient été déployés récemment pour mettre un terme à ce commerce, à ce jour, en Inde, des courtiers en organes font le tour des taudis pour trouver des personnes désireuses de vendre des parties vitales à des patients riches transportés en avion des États du Golfe, d'Europe ou d'Amérique du Nord et allant se faire soigner dans des hôpitaux privés. Il existe un trafic semblable dans certaines régions d'Afrique du Nord, d'Asie du Sud-Est et d'Amérique du Sud[22] . Même en Allemagne, un individu très entreprenant a établi un réseau international d'échanges de reins; il fut proposé de légaliser ce trafic au point de créer un marché à terme - les gens peuvent vendre leurs organes maintenant et les donner à leur mort aux hôpitaux qui se spécialisent en chirurgie de la transplantation[23] .

---

[20] Voir, par exemple, Comité sur le trafic des organes et des parties du corps pour fins de transplantation, Commission internationale des professionnels de la santé pour la santé et les droits, *Rapport*, Genève, le 12 juillet 1989.

[21] *Medical Post*, le 5 septembre 5 1989. La loi n'a pas toujours été très bien appliquée dans le Nord non plus. Voir, par exemple, « London kidney exchange in trouble », *Nature*, 1989, vol. 337. C'est seulement après un scandale concernant des parties du corps humain mises en vente que le gouvernement britannique a resserré la loi pour interdire ce trafic.

[22] *Medico-Legal Journal*, 1989, vol. 57, point Two; *L'Express* 1-6-90; Nancy Scheper-Hughes, « Theft of Life », *Society*, 1990, septembre-octobre.

[23] Richard Schwindt et Aidan Vining, « Proposal for a Future Delivery Market for Transplant Organs », *Journal of Health Politics, Policy and Law*, automne 1986, vol. 11, no 3.

5.2 Alors, où est le problème?

Manifestement, au-delà du domaine des crimes contre la personne impliquant une redistribution involontaire de la richesse existante, ce qui est bien et ce qui est mal devient nébuleux. En ce qui concerne les infractions axées sur les marchés, cette position est particulièrement gênante de par l'apparente participation volontaire d'un si grand nombre de membres de la société légitime, et du fait qu'une si grande partie de l'activité réglementaire consiste à intervenir dans des décisions concernant des choix moraux personnels.

En fait, cela peut être évalué à partir de la logique interne des infractions. Dans le cas d'un crime contre la personne, l'acte et la méthode sont tous deux illégaux, et le public comprend clairement la nature de l'infraction et des torts causés. Quand il s'agit de crimes axés sur les marchés, l'acte est illégal même si on ne sait pas exactement s'il devrait l'être alors que la méthode ne l'est pas, faisant ainsi de la question de moralité un double débat. Pour ce qui est des délits commerciaux, bien que la fraude soit toujours déplorée en principe, il est souvent difficile de la définir en pratique. Les biens et services qui font l'objet de l'opération sont intrinsèquement légaux. Pour ajouter à la complexité du processus, il arrive que le grand public, sans mentionner les jurys et parfois même certains juges et agents d'exécution de la loi, ne comprennent pas exactement en quoi consiste l'infraction[24].

De plus, en ce qui concerne une infraction contre la personne, la victime prend l'initiative de contre-agir et, de même que la plupart des autres citoyens, elle devrait collaborer entièrement avec la police. Dans une infraction axée sur les marchés, c'est la police qui prend l'initiative et la réaction du public pourrait être indifférente, voire hostile. On s'attend à ce que chaque infraction contre la personne fasse l'objet d'une enquête. Dans les crimes axés sur le marché, puisque ceux qui achètent sont en réalité aussi coupables que ceux qui vendent, il y a tellement de parties « coupables » que la police est nécessairement sélective dans les cibles qu'elle choisit. Les actions policières ne peuvent toucher que les plus visibles et les plus vulnérables qui sont aussi les plus faciles à remplacer dans les réseaux de trafic, laissant le marché illicite fonctionner sans être véritablement dérangé.

En fait, d'aucuns estiment que l'action de la police est contre-productive. Dans une infraction contre la personne, on peut s'attendre à ce que l'intervention policière réduise le nombre de contrevenants et le nombre d'infractions de cette nature. Dans un crime axé sur les marchés, c'est exactement le contraire. Les marchés illégaux réagiront à une intensification des interventions policières en augmentant le nombre de participants et le nombre de transactions - il y a plus d'intermédiaires, chacun s'occupant de plus petites quantités de la marchandise en cause. Ironiquement, ce qui,

[24] Un consultant commercial de Montréal reconnu coupable d'une infraction concernant des titres de valeurs mobilières aux États-Unis il y a 20 ans m'a fait part de son expérience récente à l'Immigration des États-Unis. Quand on lui a demandé s'il avait un dossier criminel, il a répondu que oui. On lui a demandé de donner des détails. La réponse de l'agent d'immigration qui était médusé était la suivante : « Est-ce que c'est un crime? »

dans une infraction contre la personne, pourrait être pris comme un signe de crise dans l'application de la loi - augmentation du nombre des délinquants et des actes illégaux - sera donc perçu comme un signe de succès dans les infractions axées sur les marchés. En confondant et en mélangeant ces deux données, on peut facilement mal interpréter le contexte du crime, ce qui peut conduire à de graves erreurs dans les politiques et la répartition des ressources.

5.3 Mais c'est l'affaire de qui?

Même en Amérique du Nord, la création d'infractions modernes axées sur les marchés n'a guère suscité de controverse. Au XIXe siècle, pour la plupart des gouvernements, le vice personnel était l'affaire de la personne aux prises avec ce problème, ce qui excluait du Code criminel toute une série d'infractions qui allaient devenir plus tard des incubateurs du crime « organisé » moderne.

Ensuite, au début du XXe siècle, l'Amérique du Nord a été balayée par une vague de puritanisme constituée de plusieurs composantes : le mouvement antialcoolique, la résurgence des valeurs « décentes » prônées dans les petites villes par opposition à la décadence des grandes villes, le racisme anglo-saxon (les Noirs étaient associés à la cocaïne, les Mexicains et les « Hindous » au cannabis, les Orientaux aux opiacées et les Irlandais à l'alcool), et un mouvement qui cherchait à priver les immigrants de leur droit de vote en fermant les « saloons » qui constituaient en quelque sorte des clubs politiques de travailleurs[25] .

Ces courants politiques se chevauchaient. La Constitution américaine semblait réduire considérablement les pouvoirs d'exécution des lois fédérales. Les poursuites intentées pour des crimes graves contre la personne étaient le privilège des États. Ainsi, pour affirmer sa présence, le gouvernement fédéral a utilisé la réglementation, la fiscalité et la prohibition de certains biens et services - en fait, on parle de la création même de la catégorie de crimes axés sur les marchés. Les drogues douces, la prostitution, le jeu, voire l'alcool, ont été criminalisés et « fédéralisés ». Le Canada et une bonne partie du monde occidental ont, avec en général moins de véhémence, emboîté le pas aux Américains.

Ce phénomène a eu plusieurs conséquences, notamment la fermeture des anciens quartiers de prostitution - c'est ainsi que l'offre et la demande dans le domaine du vice personnel ont cessé de respecter leurs frontières intra-urbaines. En fait, la criminalisation de l'offre a forcé les entrepreneurs criminels à s'intégrer à la bonne société pour être moins facilement repérables. La création d'une catégorie de criminels riches et aptes à utiliser les profits de la criminalisation du vice personnel pour pénétrer des segments légitimes de l'économie a été une deuxième conséquence.

---

[25] Mis à part les ouvrages précédemment cités de Gray, *Drug Crazy* et de Thornton, *Economics of Prohibition*, ces faits nouveaux sont décrits en détail dans Stephen Fox, *Blood and Power: Organized Crime in Twentieth-Century America*, New York, 1989. C'est là un historique assez superficiel largement fondé sur un recyclage d'anecdotes banales, mais qui constitue néanmoins une observation éclairée sur l'émergence du courant puritain.

Enfin, on s'est mis à croire que le « crime organisé » dans le commerce du vice était le résultat d'une conspiration étrangère, opinion qui fait aujourd'hui dérailler encore le débat.

5.4 Qui est coupable?

Bien qu'un délinquant soit un délinquant, quelle que soit la nature du crime commis - contre la personne, axé sur les marchés ou commercial - on a tendance à associer une certaine population de délinquants à chacun des types.

Pour ce qui est des crimes contre la personne, la présomption populaire veut que la plupart des infractions soient le travail d'individus ou de gangs qui sont considérés et traités par la loi comme de simples groupes d'individus.

DÉLINQUANTS ET INFRACTIONS : LA DISTINCTION STÉRÉOTYPÉE

Délinquant	Infraction
Individu	Contre la personne
Groupe	Axée sur les marches
Entreprise	Commerciale

Cependant, l'augmentation des infractions axées sur les marchés est inévitablement associée au sein du public (et des forces policières) au « crime organisé ». Cela consiste à appliquer à un groupe le concept voulant que l'ensemble soit plus grand que la somme des parties, et que cela devrait être traité ainsi selon la loi. Cette opinion est utilisée pour réclamer des sanctions plus sévères pour les membres d'un groupe du crime organisé et pour traiter l'appartenance à une organisation interdite comme une infraction en soi. À ce moment-là, c'est l'association et non l'action qui devient le crime.

La plupart des crimes contre la personne sont le travail d'individus ou de groupes spéciaux. Dans le débat, on confond souvent deux choses assez différentes - une association criminelle et une association de criminels. Une recherche sérieuse a montré que, dans la mesure où il existe effectivement des groupes du « crime organisé», ces groupes ne sont pas de nature économique, mais de nature politique et sociale. Ils forment en quelque sorte un gouvernement souterrain qui règle les différends et accorde les droits de propriété. Mais une fois les règles établies, chaque membre fonctionne seul ou en partenariat avec d'autres, qui peuvent ou non être membres du groupe. Dans la même veine, les marchés criminels ne reposent pas sur des structures administratives hiérarchiques agissant sur commande pour monopoliser un marché, mais comme des réseaux lâches et spéciaux engagés dans des opérations conclues dans les conditions normales du commerce.

LA FIRME CRIMINELLE : DEUX POINTS DE VUE

Modèle I	Modèle II
Grandes « organisations »	Individus, petits groupes
Hiérarchie descendante	Opérations spéciales conclues dans les conditions normales du commerce
Planification à long terme	Opportuniste
Profits énormes	Profits modesties
Profits concentrés	Profits largement répartis
Infiltration des marchés légaux	La plus grande partie de l'argent demeure en circulation
Marchés légaux corrompus	La plus grande partie de l'argent investi l'est de façon légale

La notion de « crime d'entreprise » cause également problème. Est-il même possible qu'un crime d'entreprise existe indépendamment des actions menées par des gestionnaires et des cadres? Comment se fait-il que lorsque vient le temps d'établir effectivement les sanctions, il y a encore plus de problèmes? Dans le cas d'un individu, mis à part les amendes, le système de justice pénale peut établir la sanction sous forme de perte de liberté ou, à certains endroits, de perte de la vie. Si une entreprise est privée de liberté, sa charte est suspendue et elle se dirige presque inévitablement vers la faillite, sanction qui semble être imposée autant aux actionnaires et aux créanciers qu'aux cadres dont les décisions ont engendré le délit en question. Si une entreprise est privée de vie, en ce sens qu'elle perd son droit de fonctionner de façon permanente, il est clair qu'on aboutit au même résultat. C'est pourquoi presque toutes les sanctions imposées aux entreprises prennent la forme d'amendes. Mais elles retombent aussi sur les actionnaires généraux qui sont sans pouvoir, et les cadres qui ont pris les décisions ayant mené aux accusations sont presque toujours indemnisés[25].

[26] Voir les références citées à la note 13 ci-dessus.

5.5 Un coup de main?

Il existe une autre forme de crime associé aux entreprises qui semble, à première vue, plus facile à traiter : lorsqu'une entreprise collabore avec des criminels professionnels pour faire avancer leurs intérêts à tous deux. Prenons le cas des déchets dangereux.

Pendant de nombreuses décennies, les déchets dangereux ont été traités comme des déchets ordinaires. Mais après les grands scandales des années 1970, les gouvernements ont commencé à serrer la vis. Pour des secteurs clés de l'économie américaine comme le pétrole, les produits chimiques et pharmaceutiques, cela est apparu comme un nouveau fardeau réglementaire lourd à porter. En fait, la structure réglementaire a été établie en grande partie en fonction des demandes de l'industrie chimique qui visaient deux objectifs - s'assurer qu'il n'y aurait pas d'interruption de production, et garantir que leurs responsabilités seraient limitées. Elle a obtenu de l'aide[27].

Le truc consistait alors à confier les déchets à des entreprises d'élimination dotées d'un permis qui viendraient collecter les matières dangereuses, factureraient les entreprises productrices à un tarif supérieur à celui de la collecte de déchets ordinaires mais inférieur à celui d'une élimination adéquate. Ensuite, on transporterait les déchets à un site d'enfouissement dont le propriétaire aurait le dernier mot. En bout de ligne, les déchets dangereux pourraient être enterrés avec les déchets ordinaires, déversés dans des cours d'eau et des systèmes d'égout municipaux ou entreposés sur des terrains ou dans des immeubles vacants. À ce moment-là, les entreprises productrices de déchets n'auraient plus de problèmes. Si les déchets étaient un jour découverts, il pourrait être très difficile, voire impossible de retracer l'entreprise d'origine, l'entreprise d'élimination pourrait bien avoir fait faillite et ses principaux actionnaires s'être volatilisés[28] .

5.6 Partenaires du crime?

Non seulement les frontières entre le crime et le commerce agressif sont floues, mais, dans certains cas, des actes explicitement criminels et intrinsèquement légaux sont intégrés à une matrice d'activités économiques à un point tel que les deux, bien que théoriquement distincts, se retrouvent mutuellement interdépendants.

Prenons la situation du commerce des vêtements dans de nombreux centres urbains d'Amérique du Nord. Des conditions de travail rappelant celles des ateliers clandestins, que l'on croyait depuis longtemps disparus de l'Amérique du Nord, ont refait surface dans les années 1980. Essentiellement, ces ateliers de négrier puisaient

---

[27] Voir Alan Block et Frank Scarpitti, *Poisoning for Profit: The Mafia and the Toxic Waste Business*, New York, 1985, et Andrew Szasz, « Corporations, organized crime, and the disposal of hazardous waste: An examination of the making of a criminogenic regulatory structure », *Criminology*, 1986, vol. 24, no 1.

[28] De même, les matières pourraient être expédiées à l'étranger, déversées dans un pays en développement où les fonctionnaires sont soit corrompus, soit ignorants de la nature des déchets ou lorsque le pays est trop pauvre pour résister à la perception de droits de déversement. Voir, par exemple, Third World Network, *Toxic Terror: The Dumping of Hazardous Wastes in the Third World*, Penang, 1989; Jim Vallette, *The International Trade in Wastes: A Greenpeace Inventory*, Greenpeace International, 30 janvier-3 février 1989; Center for Investigative Reporting, *Global Dumping Ground: The International Trade in Hazardous Waste*, Washington, 1990.

leur main-d'œuvre à même plusieurs sources : les nouveaux arrivants sur le marché du travail encore méconnus de l'impôt sur le revenu et de la sécurité sociale, des travailleurs au noir qui déjouaient les agences d'assurance-chômage, des bénéficiaires d'aide sociale travaillant au noir et des étrangers illégaux endettés auprès de gangs qui les avaient fait entrer dans le pays. Comme ces gens-là n'avaient souvent pas de garanties à offrir, ils ne pouvaient obtenir d'argent que procurait un travail sur le marché des capitaux officiel. Certains se sont donc tournés vers le prêteur sur gages qui recyclait de l'argent de la drogue, du jeu ou d'autres sources criminelles. En se basant sur l'expérience de New York, de petites usines pouvaient très bien être obligées de verser un pourcentage à des entreprises de camionnage dirigées par des gangs qui signaient des contrats de complaisance avec les propriétaires aux dépens des camionneurs.

Ainsi, on évitait de payer les impôts et les droits de sécurité sociale, on réduisait les salaires, et les règlements concernant les conditions de travail étaient carrément ignorés. Ce que les travailleurs perdaient en salaires et en avantages - et ce que le secteur public perdait en revenus - s'est révélé, de l'autre côté du grand livre, comme une augmentation des profits. Les membres des banques criminelles ont pris leur part sous forme de taux d'intérêt usuraires, de redevances des sociétés de camionnage, de ristournes consenties par des fournisseurs, de paiements d'un pourcentage par des fabricants et de suppléments occasionnels comme le privilège de placer un ancien associé ou un parent sur la feuille de paie d'une entreprise, ou de bénéficier d'opérations de contrebande étrangère. Entre-temps, le produit (strictement légal) était vendu à des entreprises de mode respectables et à des grands magasins qui avaient sous-traité avec les ateliers de misère. Ces firmes légitimes ont pris leur part sous forme d'un revenu net d'entreprise accru par suite de la réduction des coûts d'approvisionnement. Sans leur participation active, aucun des gains explicitement illégaux n'aurait été possible[29] .

5.7 Responsabilité de la sous-traitance

Lorsqu'il y a de telles interactions, il est souvent difficile pour le système judiciaire de répartir équitablement les responsabilités. Des entreprises en apparence respectables gardent suffisamment de distance par rapport aux actes explicitement illégaux dont elles sont manifestement et consciemment les bénéficiaires pour ne pas être jugées coupables selon la loi.

Ce problème a récemment été mis en lumière par l'attention accordée à la contrebande du tabac. Le Canada semble avoir été stupéfait en découvrant que ses grands producteurs de tabac établissaient délibérément des filiales à l'étranger pour faire le lien avec des contrebandiers professionnels qui ramènent les cigarettes au Canada pour les revendre sur le marché noir et par conséquent faire prendre de l'expansion aux ventes de tabac face aux taxes qui ne cessent d'augmenter. Pourtant, depuis la

[29] Voir Alan Block (directeur de publication), *The Business of Crime*, Boulder, 1991 pour une compilation des documents officiels des audiences sur le nouveau phénomène des ateliers clandestins.

Seconde Guerre mondiale, les cigarettes sont la denrée qui a fait l'objet de la plus grande contrebande sur la planète. À ce jour, une cigarette sur trois entrant dans le commerce mondial disparaît. Au total, environ 300 milliards de cigarettes par année sont vendues illégalement. Les sociétés de tabac expédient en masse à ce que l'on appelle de façon euphémique les centres de « libre-échange », et vendent les cigarettes, souvent à crédit, aux grossistes. En retour, ces derniers font affaire avec des contrebandiers professionnels qui transportent la marchandise dans le pays visé avec des chargements de whisky, d'armes, d'appareils électroniques ou de jeans fabriqués aux États-Unis. Dans les pays de destination, les sociétés de tabac se chargent de la publicité locale et des sociétés de marketing qui, elles, s'occupent de l'arrivée de la marchandise afin de créer une couche supplémentaire d'isolation. Comme tout contrebandier intelligent ne veut pas voyager allège, au retour, les petits bateaux ou les avions transportent un peu de tout allant de la cocaïne aux immigrants illégaux. Et pourtant, à ce jour, il est difficile de monter un dossier criminel contre les compagnies de tabac parce que ce ne sont pas elles qui font effectivement la contrebande.

5.8 Conséquences imprévues de la lutte contre la criminalité

Lorsqu'on arrive à isoler une activité criminelle, l'application de la loi produit parfois des réactions inattendues et coûteuses qui, en retour, peuvent générer plus de crimes qu'elles n'en résolvent. Ces situations deviennent particulièrement difficiles à contrôler lorsqu'elles se concrétisent à l'échelle internationale comme cela a été le cas en ce qui concerne le commerce international chez la ganga jamaïcaine dans les années 1980. Si les agriculteurs de la ganga avaient été écartés du marché, ils auraient afflué dans les bidonvilles, venant envenimer un problème déjà énorme de criminalité urbaine qui menaçait la stabilité sociale et l'industrie touristique de la Jamaïque, la source légale la plus importante de devises étrangères. Les banques et les réserves de change du pays auraient été suffisamment épuisées pour réduire considérablement les importations d'équipement de capital nécessaires à la croissance économique. Par conséquent, les prêts accordés à la Jamaïque par les banques commerciales occidentales et les agences de développement international auraient pu ne pas être remboursés et les exportations d'autres pays à destination de la Jamaïque auraient rapidement chuté[30] . Dans cet exemple qui n'est pas exclusivement hypothétique, ce qui a été d'abord la résolution d'un problème de justice pénale direct s'est transformé en une crise économique et sociale internationale complète.

5.9 Détourner l'attention

Traiter ces formes plus complexes de crime motivé par le profit comme si elles regardaient essentiellement la justice pénale peut donner une fausse impression de la nature réelle du problème. Prenons l'exemple de la récente crise dans le milieu des banques de prêt et d'épargne aux États-Unis : l'attention accordée à une poignée d'escrocs a relégué au second plan les véritables enjeux - un grave malaise structurel lié à de profondes faiblesses dans l'appareil réglementaire.

[30] Entrevues de l'auteur et recherche en Jamaïque dans les années 1980 et 1990.

Créées au départ pour utiliser les économies locales dans le but de financer le développement domiciliaire à l'échelle locale plus particulièrement dans les petites villes des États-Unis, les associations d'épargne et de prêt se sont retrouvées en difficulté entre le milieu et la fin des années 1970. La croissance de la population s'est ralentie, la dépression industrielle a frappé un grand nombre de petites collectivités dans le Nord-Est, et les taux d'intérêt se sont mis à grimper en flèche. Lorsque d'autres institutions commencèrent à offrir des taux d'intérêt élevés et à la hausse, les banques de prêt et d'épargne se virent dans l'obligation de suivre le mouvement alors que leurs prêts, presque tous sous forme d'hypothèques résidentielles à long terme, généraient de très faibles rendements. La « déréglementation » qui s'ensuivit allait achever le désastre[31].

Le gouvernement fédéral américain décida alors de libérer les banques d'épargne et de prêt pour leur permettre de spéculer sur les marchés, de pénétrer le marché des obligations hautement spéculatives et d'injecter de plus en plus d'argent dans l'immobilier commercial dans le Sud et dans l'Ouest. Ce faisant, il a permis à des prédateurs boursiers, à des requins de l'immobilier, à des fraudeurs du milieu bancaire et à quelques trafiquants d'armes de mettre le grappin sur l'industrie[32].

Tous les volets du travail bancaire figuraient dans le décor : évasions où, après avoir siphonné de l'argent, des cadres le transformaient en des prêts factices à des associés, des initiés prenaient la clé des champs, des opérations de rétrocession de terres, des échafaudages financiers, des prêts consentis à des sociétés prête-nom et plus encore. Toutes ces opérations sont devenues des techniques courantes qui allaient se solder par la débâcle financière la plus importante de l'histoire, et le contribuable a dû débourser 325 milliards de dollars US pour renflouer le système.

Dans la foulée de l'effondrement, l'attention du public était rivée sur les poursuites hautement médiatisées de quelques individus malhonnêtes, financiers et lotisseurs. On a invoqué la fraude dans près de 75 % des centaines de banques d'épargne et de prêt qui avaient fait faillite. Mais les gens malhonnêtes poursuivis n'étaient directement responsables que de quelques dizaines de millions parmi les centaines de milliards « manquants ». Il aurait été extrêmement difficile de recouvrer le reste puisqu'il ne s'agissait pas de criminalité, mais de non-respect de la réglementation qui permettait le prêt non contrôlé et la spéculation à grande échelle. Quant aux bénéficiaires, il s'agissait d'emprunteurs légitimes, surtout des lotisseurs et des magnats de la construction qui menaient leurs activités dans le cadre de lois nébuleuses, appliquées de façon sélective.

---

31 Il existe plusieurs excellents ouvrages sur la crise de l'épargne et du prêt. Voir, par exemple, James O'Shea, *The Daisy Chain: How Borrowed Billions Sank a Texas S&L*, New York, 1991; Stephen Pizzo, Mary Fricker et Paul Muolo, *Inside Job: The Looting of America's Savings and Loans*, New York, 1989; James Ring Adams, *The Big Fix: Inside the S&L Scandal*, New York, 1990; Martin Mayer, *The Greatest Ever Bank Robbery*, New York, 1990; et Kitty Calavita, Henry Pontell et Robert Tillman, *Big Money Crime: Fraud and Politics in the Savings and Loan Crisis*, Berkeley, University of California Press, 1997.

32 L'ouvrage le plus faible sur la crise des banques d'épargne et de prêt, de Pete Brewton, *The Mafia, CIA & George Bush: The Untold Story of America's Greatest Financial Debacle*, New York, Shapolsky Publishers, 1992, aborde un peu ce volet de l'histoire.

Le même problème s'est posé dans le cas de crimes environnementaux. L'incapacité du système réglementaire de garder les activités sous surveillance avait déjà amené des gens d'affaires légitimes à commencer par couper occasionnellement les coins ronds, et puis, une fois leur confiance et leur appât du gain augmentés, à violer les normes et ce, plus souvent qu'à leur tour[33].

5.10 Quelle loi? Quel ordre?

Idéalement, la justice pénale doit punir l'auteur du crime et accorder aide et réconfort à la victime. Le problème dans les crimes complexes motivés par le profit est que la loi peut être facilement saisie par une partie dans un différend commercial et utilisée, non pas pour redresser l'économie, mais pour la faire progresser. L'histoire regorge d'exemples à cet égard.

À la fin du XXe siècle, la propriété intellectuelle est devenue un important champ de bataille. On en veut pour exemple la controverse au sujet de Napster, le programme largement diffusé sur l'Internet qui permettait le téléchargement facile de musique ou de bandes vidéo sur un CD-ROM microprogrammable. D'une part, ces entreprises prétendaient qu'il s'agissait de piraterie et qu'elles seraient acculées à la ruine. D'autre part, certains artistes et auteurs utilisaient cette technologie et une technologie semblable pour contourner les chaînes commerciales habituelles et traiter directement avec leurs auditoires. Le Napster est-il l'instrument d'un crime contre la propriété et contre des intermédiaires commerciaux ou une innovation commerciale qui facilitera la communication entre les artistes et leurs publics? Est-ce là le genre de décision que le système de justice pénale devrait être appelé à rendre?

6.0 Les solutions de rechange

Le crime motivé par le profit est un problème grave mais pas toujours ni uniquement un problème grave de justice pénale. Il peut y avoir d'autres approches pour accroître la conformité.

Lorsqu'un crime est motivé par le profit comme le vol à main armée, qui implique la redistribution de la richesse existante par la force (réelle ou implicite) où la tromperie, l'acte, le coût et la victime sont faciles à déterminer, et les méthodes normales de contrôle de la criminalité vont continuer d'occuper l'avant-scène. Mais lorsqu'un crime motivé par le profit (comme le trafic d'un bien ou d'un service quelconque ou la manipulation de conditions régissant la production et la vente normales de biens et de services) est commis, il l'est habituellement dans le cadre d'un ensemble d'autres opérations commerciales légitimes. Lorsqu'une entreprise vend des biens assortis d'une garantie trompeuse, il peut être difficile de faire la distinction entre marketing dynamique et tromperie explicite.

[33] Voir la nouvelle étude du rôle de la « bande » dans l'ouvrage de Donald Rebovich, *Dangerous Ground: The World of Hazardous Waste Crime*, Nouveau-Brunswick, Transaction Publishers, 1992

Lorsque l'activité criminelle et le commerce légitime se chevauchent, il n'est pas toujours facile de traduire les parties les plus coupables en justice. Lorsqu'on tente de « régler » de tels problèmes de criminalité, il est toujours dangereux de provoquer toute une série de conséquences sociales et économiques imprévues susceptibles de constituer davantage un problème que le crime désigné. Lorsque des crimes impliquent des institutions apparemment légitimes utilisées de façon apparemment illégitime, le recours aux méthodes traditionnelles de justice pénale mettant l'accent sur les contrevenants présente le danger supplémentaire de détourner l'attention des causes plus profondes comme la nécessité d'une réforme réglementaire et structurelle en profondeur. Comme beaucoup de crimes axés sur le marché et de délits commerciaux impliquent des interrelations complexes avec l'économie légitime et qu'ils peuvent avoir des conséquences profondes, involontaires et inattendues, il n'est peut-être pas sage de se fier au système de justice pénale seul (si tant est que, dans certains cas, l'on s'y fie) pour résoudre ces problèmes. Il faut véritablement songer à des outils de rechange.

Les instruments de rechange peuvent être orientés vers trois niveaux distincts.

INSTRUMENTS DE RECHANGE POTENTIELS

Objectif	Niveau	Instrument de rechange
Prévention générale	Milieu opérationnel	Système réglementaire
Dissuasion spécifique	Entreprise spécifique	Système financier privé
Détection et poursuite	Infractions réelles	Régime fiscal

Ces instruments peuvent viser une prévention à grande échelle en créant un milieu non propice à la criminalité. En pareil cas, ils devraient chercher à améliorer les normes de fonctionnement, à accroître les niveaux de transparence et l'échange de renseignements entre diverses institutions de l'économie légitime. C'est là un des rôles principaux du système de réglementation.

Ils peuvent également tenter de faire de la dissuasion de façon étroite en protégeant une institution particulière d'incidents réels. Dans ce cas, ils devraient viser à accroître la sécurité opérationnelle dans la conduite effective des affaires. Il est généralement reconnu (sans être prouvé) que l'une des meilleures techniques consiste à travailler avec le système financier privé et par son intermédiaire. Il est en théorie plus facile de surveiller les échanges financiers résultant de la criminalité que d'essayer de détecter des transactions interdites de biens et de services qui génèrent ces flux financiers.

Ils peuvent encore tenter de détecter et de régler des infractions particulières une fois qu'elles sont commises. Dans ce cas, le régime fiscal a un rôle puissant et souvent sous-utilisé à jouer.

6.1 Le système réglementaire

Manifestement, les distinctions entre ces trois instruments ne sont pas absolues. Bien que la fonction principale du système de réglementation, par exemple, soit d'améliorer le milieu général en facilitant les échanges d'information, en rendant les opérations plus transparentes, en assurant des normes élevées de formation du personnel, etc., il est parfois obligatoire de faciliter la détection et la poursuite de certaines infractions. Cependant, les attentes doivent être établies en fonction du type d'infraction.

Dans le cas d'un crime contre la personne, le système réglementaire a habituellement peu à offrir. La prévention revient presque entièrement aux institutions et aux membres du secteur privé alors que le règlement et la poursuite de tels crimes sont surtout le privilège de l'appareil traditionnel d'application de la loi.

C'est également presque toujours le cas en ce qui concerne les crimes axés sur le marché. Des biens et des services interdits sont négociés sur les marchés parallèles mais institutionnellement distincts de ceux qui traitent les produits de l'économie légale.

Dans le cas des délits commerciaux, le système réglementaire pourrait être d'une utilité considérable puisqu'un délit commercial implique la prestation de biens et de services légaux de façon illégale, dont au moins certains sont habituellement repérés par l'appareil de surveillance du système de réglementation. Mais le déroulement du processus peut donner matière à réflexion.

Aux États-Unis, les institutions réglementaires fonctionnent comme des gendarmes dans la détection et la poursuite d'infractions et de contrevenants précis. Les organismes réglementaires vont de la Securities and Exchange Commission à la Poste; ils entreprennent habituellement des enquêtes criminelles et portent les accusations qui s'imposent. Aussi loufoque que cela puisse paraître, les départements de l'Agriculture et de l'Éducation figurent parmi les branches du gouvernement américain qui ont récemment intenté des poursuites dans des affaires de blanchiment d'argent! Voilà le rôle pour lequel la compétence du système réglementaire suscite tellement de doutes. Et l'on craint également avec raison que plus les organismes de réglementation consacreront d'énergie à tenter de faire appliquer le droit criminel, moins ils joueront leur propre rôle. Ce processus de surveillance outrepasse l'utilisation du droit pénal pour l'application des règlements, chose qui en soi est déjà fort discutable. Il permet de subordonner le cadre réglementaire aux exigences de l'application du droit pénal. À cet égard, travailler avec les organismes de réglementation économique peut difficilement être décrit comme une solution de rechange de *bonne foi* au processus de justice pénale.

6.2 Le rôle du système financier privé

Aujourd'hui, il est de plus en plus courant dans le monde entier de tenter de recruter des employés du système financier pour les intégrer aux « troupes de première ligne » dans la « guerre » contre le blanchiment d'argent. Lorsque les banques et des institutions analogues hésitent à se porter volontaires, ce qui oblige les gouvernements à les enrôler de force, certains prétendent que, outre qu'elles « ferment un peu les yeux sur la criminalité », les banques collaborent activement avec « l'ennemi ». Elles ne souhaitent pas, du moins c'est ce dont on les accuse, effrayer des clients comme les criminels pleins aux as. Non seulement cette description est erronée - en général, les banquiers sont terrifiés à l'idée d'être mêlés à un quelconque gros scandale de blanchiment d'argent - mais cela reflète une fois de plus la confusion que provoque l'incapacité de saisir les différences fondamentales entre différentes formes de crimes motivés par le profit.

Les employés des banques doivent, et sont formés pour le faire, faire preuve de vigilance à l'égard de diverses formes de vol ou de fraude contre un établissement - chèques sans provisions, lettres de crédit forgées de toutes pièces, garanties fictives, prêts détournés ou argent contrefait offert en dépôt ou en échange. Ils doivent également être sur leurs gardes contre l'abus d'initié - vol ou fraude impliquant un transfert de fonds électronique. Cela signifie que les employés des banques vont être à l'affût des opérations résultant de crimes contre la personne ou de délits commerciaux dans le cadre normal de leurs activités. Dans ce cas, le contrôle de la criminalité et l'intérêt de l'institution financière vont de pair.

Mais dans le cas des crimes d'entreprise, la banque est impliquée de façon différente en tant que dépositaire ou chargée du transfert d'instruments monétaires parfaitement légaux, même s'ils ont été acquis de façon illégale. Les règlements contre le blanchiment d'argent placent la banque en situation de conflit d'intérêts entre son rôle d'établissement cherchant à faire un profit et ses nouvelles obligations relatives à l'application de la loi. En outre, contrairement à ce qui se passe dans le cas d'un crime contre la personne dirigé contre l'institution financière, lorsqu'un chèque sans provisions ou une garantie fictive peut faire l'objet d'un examen approprié selon des pratiques bancaires normales, rien ne permet de faire une différence physique et objective entre les dépôts du trafiquant de drogues ou ceux du commerçant de voitures d'occasion.

À partir de quels critères le personnel des banques peut-il poser les jugements appropriés quant au caractère « suspect » d'une opération et trouver un équilibre entre ce caractère et les droits à la protection des renseignements personnels? Le problème réside non seulement dans les exigences en matière d'information, et dans la façon dont elles ont progressivement pris de l'ampleur, mais aussi de par la nature même de l'information et du rôle joué par les banquiers qui la fournissent[34] .

[34] Voir R.T. Naylor, « Washout: A critique of follow-the-money methods in crime control policy », *Crime, Law & Social Change*, 1999, vol. 32.

Le Currency Transaction Report (rapport d'opération monétaire), un formulaire devant être rempli par les établissements financiers et leurs clients au moment d'un dépôt d'argent important (ou d'un retrait, mais cela était moins problématique), a d'abord été utilisé aux États-Unis, puis il s'est répandu ailleurs dans le monde. Ce rapport contenait des renseignements détaillés sur le déposant et sur les origines de l'argent. Le deuxième rapport qui est devenu populaire est le Suspicious Transaction Report (rapport sur les transactions suspectes), que les banques et les autres institutions devaient remplir si une opération présentait certaines caractéristiques qui la plaçaient dans la catégorie suspecte. Le troisième, populaire au sein de la Communauté européenne, mais récemment rejeté aux États-Unis, consiste en un ensemble de règles sur la façon de connaître ses clients. En plus des formulaires très importants qu'il faut remplir, ces règles comprennent toute une série de procédures d'approbation soigneusement déterminées qui en retour pourraient amener à une information additionnelle transmise aux autorités chargées de faire appliquer la loi. Bien qu'un type d'exigence en matière d'information semble découler logiquement vers le suivant, en fait, chacun représente un changement qualitatif dans les relations entre le « banquier » et son client, et entre l'établissement financier et les autorités chargées de faire respecter la loi.

De plus, ces règles vont carrément à l'encontre de la tendance moderne dans le domaine bancaire - où de plus en plus d'opérations sont entreprises et menées par le client, où le dépôt des dossiers concernant les dépôts est centralisé et où le plus grand nombre possible d'activités est dépersonnalisé. Là encore, les intérêts dans la recherche du profit (la réduction des coûts) de l'institution financière la placent en situation de conflit avec tout désir qu'elle peut avoir d'attirer le secteur financier dans les lignes de front de la « guerre » contre la criminalité.

Dans ce domaine, qui n'est pas le moindre, la technologie sert manifestement à faciliter les opérations criminelles. L'avènement des bourses électroniques permettant le transfert de fonds d'une personne à une autre et la propension qu'ont les gens à entrer dans des pays et à les quitter, pas avec de l'argent ou des chèques de voyage, mais avec des cartes de débit, menacent de rendre bientôt tout à fait désuet l'appareil de production de rapports actuellement soigneusement mis en place.

De même, on doute sérieusement qu'il vaille la peine de déployer toute cette énergie à contrôler la criminalité lorsque le secteur financier est impliqué. Nous manquons de base factuelle pour savoir dans quelle mesure cette menace des crimes motivés par le profit existe réellement.

6.3 Le rôle du régime fiscal

Tout en s'inscrivant également dans l'appareil réglementaire du gouvernement, le régime fiscal revêt une importance tout à fait distincte. Même si le rôle premier du système de réglementation consiste à modifier l'environnement général dans lequel ont lieu les opérations commerciales, le régime fiscal peut être utilisé de façon beaucoup plus dynamique au cas par cas. Il y a pourtant une limite à la gamme des crimes contre lesquels le régime fiscal peut agir. La plupart des délits commerciaux

sont commis dans le cadre d'une matrice d'activités économiques légales, et les gains illégaux qui en découlent, règle générale, sont assujettis à la taxation. Il peut y avoir évasion fiscale, mais elle constituera une infraction secondaire, et le code fiscal est alors appliqué pour compléter les mesures normales d'application de la loi.

Le véritable pouvoir du régime fiscal réside dans sa possibilité de traiter les crimes d'entreprises. Tous les revenus gagnés, légalement ou illégalement, sont imposables. L'omission de payer et la prestation de faux renseignements sont des infractions criminelles potentielles. Aucune personne versée dans la pornographie infantile n'est susceptible de déclarer sa profession exacte ou de déclarer le revenu qu'elle en tire. Mais il est aussi prouvé par l'expérience pratique que le recours au code fiscal est de loin le moyen le plus efficace de dépouiller les criminels de leurs revenus illégaux. C'est plus efficace que les diverses dispositions sur la confiscation d'actifs criminels et cela peut permettre d'appliquer la plupart des procédures de confiscation civile sans produire les mêmes effets négatifs sur le respect de la loi et les libertés civiles.

Les confiscations civiles sont particulièrement populaires aux États-Unis, et l'on songe à les mettre en place en Grande-Bretagne et en Ontario. Cela ne devrait pas se produire sans susciter de nombreux débats. Les confiscations civiles impliquent de véritables procédures, comme l'a répété à maintes reprises la Cour suprême des États-Unis, la propriété ne jouit d'aucun droit civil. Il est, cependant impossible de dire que la voiture, la maison ou le compte de banque d'une personne sont le produit du trafic de la cocaïne sans en même temps porter les mêmes accusations contre le propriétaire. Qui plus est, cela se produit couramment dans les procédures où le fardeau de la preuve est inversé. Et aux États-Unis, il est nullement obligatoire de porter des accusations criminelles pour saisir des biens réputés être « des produits de la criminalité ».

Avec les lois fiscales, ce type de danger n'existe pas, car il n'est pas nécessaire de préciser l'origine de l'argent. Tout le monde doit payer de l'impôt sur le revenu, faute de quoi il se verra imposer de lourdes pénalités et des arriérés d'intérêt, et pourra même se retrouver derrière les barreaux. Cependant, la plupart des procédures sont d'ordre civil; il n'existe en outre aucun problème inhérent au renversement du fardeau de la preuve. L'existence d'argent non comptabilisé constitue une preuve suffisante dans le cas d'impôt non payé. En outre, attaquer des revenus illégaux à l'aide du code fiscal envoie un message important - chacun doit payer ses impôts, et s'il ne le fait pas volontairement, l'État dispose de moyens efficaces pour collecter son dû.

Trois grandes objections ont été soulevées en ce qui a trait au recours au code fiscal à de telles fins. Premièrement, certains soutiennent qu'il vient légitimer l'activité criminelle. C'est faux. La loi est claire - les impôts sur le revenu doivent être payés, peu importe que la source des fonds soit légale ou illégale. En outre, les crimes axés sur le marché sont motivés, à tout le moins en partie, par la recherche de profit. Si la théorie qui sous-tend les approches relatives au produit de la criminalité est exacte, il n'est pas important de savoir qui retire les produits. La perte annihilera et le motif (profit) et le moyen (capitaux) pour ce qui est de la perpétration d'autres crimes.

On peut aussi objecter que l'utilisation des produits de la fiscalité n'éliminera qu'un pourcentage des revenus nets, selon la fourchette d'impôt. Cette objection est aussi facile à réfuter. Quand on ajoute les pénalités, les arriérés d'intérêt et les amendes, un montant considérablement supérieur à la fourchette d'impôt disparaît.

Enfin, certains soutiennent qu'en utilisant le régime fiscal au lieu des procédures de confiscation des biens, les criminels auraient le droit de déduire des dépenses. Nous répondrons qu'en plus d'être parfaitement légitime, ce processus constitue en réalité un avantage. C'est légitime parce que le revenu des criminels d'entreprise ne provient pas du vol ou de la fraude. En tant qu'entrepreneurs axés sur le marché, les criminels d'entreprise ont des coûts; ils sont motivés par les revenus nets ou des profits *potentiels* plutôt que par les sommes qu'ils doivent *engager* pour payer les coûts. Par contre, leur refuser de déduire des coûts les assujettit à une double pénalité - ils devraient débourser de l'argent pour couvrir les coûts et ensuite payer les impôts sur cette somme au gouvernement. Par ailleurs, le fait de permettre aux entrepreneurs criminels de déduire leurs coûts offre des avantages importants pour le contrôle de la criminalité. Pour ce faire, ils doivent présenter le détail de leurs dépenses - préciser les fins auxquelles l'argent a été dépensé ainsi que les bénéficiaires. En fait, l'instinct de recherche du profit des criminels contribue parfois à améliorer l'information sur les marchés criminels et à repérer les réseaux de criminels.

Ces avantages, il faut le dire, découlent de l'utilisation du code fiscal à sa fin première. Il existe malheureusement un autre modèle beaucoup moins recommandable.

Lorsque le mouvement en faveur de l'interdiction de l'alcool et des narcotiques a vu le jour aux États-Unis, un problème constitutionnel s'est posé. À première vue, la réglementation de telles questions semblait outrepasser les pouvoirs du gouvernement fédéral. Pourtant, les variations d'un État à l'autre dans les lois sur la prohibition les auraient rendues inapplicables. La Cour suprême a cependant décidé que le gouvernement fédéral avait le droit de réglementer tout ce qu'il avait le droit de taxer. Partant, et les premières lois sur les drogues et les règlements sur l'alcool ont été rédigés comme s'il s'agissait de lois fiscales. Cela voulait donc dire que la responsabilité première de l'application de ces lois était confiée aux fonctionnaires du Trésor. Contrairement à la pratique en vigueur dans d'autres pays dont les institutions sont calquées sur le système britannique où les deux fonctions sont gardées distinctes, aux États-Unis, le Internal Revenue Service (IRS) allait devenir à la fois une force policière et une agence de recouvrement fiscal[35] .

Cette confusion dans la distinction entre la loi et le code criminel a fait un autre important bond dans les années 1930 lorsque le gouvernement américain a porté des accusations d'évasion fiscale contre le caïd de Chicago, Al Capone. L'objectif de cette affaire et des affaires semblables éventuelles n'était pas de saisir les biens des gangs et

[35] Une partie de cette histoire et ses répercussions sur les relations internationales se trouvent dans l'ouvrage d'Ethan Nadelmann, *Cops Across Borders: The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement*, University Park, Penn., State University Press, 1993.

de les dissuader de commettre d'autres délits, ou d'anéantir leurs « organisations » en leur retirant leurs capitaux de fonctionnement. L'objectif était plutôt de trouver un motif pour les envoyer en prison[36] .

Ce faisant, l'IRS a renversé la machine. Au lieu de la menace de sanction criminelle utilisée pour faire appliquer les règlements fiscaux, la loi fiscale était (et aux États-Unis elle l'est toujours) utilisée pour faire appliquer le code criminel dans les procédures dont l'objectif est d'attraper l'individu et non pas de percevoir les impôts non payés. Cela signifie que non seulement l'IRS lie ses ressources à des cas criminels bien connus au lieu de les utiliser pour générer des recettes fiscales à des fins gouvernementales, mais le fait d'utiliser les lois fiscales pour poursuivre indirectement des criminels pour d'autres infractions laisse sous-entendre au public qu'il est correct de tricher en ce qui a trait à ses impôts à la condition que l'argent provienne de sources légitimes[37] .

6.4 Le rôle des tribunaux civils

Toutes ces solutions de rechange - utilisation du système de réglementation pour rehausser les normes opérationnelles, utilisation du système financier privé pour générer de l'information et utilisation du régime fiscal pour entreprendre des missions de recherche et de destruction des profits du crime - semblent avoir un rôle à jouer dans l'application de la justice pénale, mais un rôle qu'il importe de préciser. Ce n'est certes pas là leur fonction première, mais cela nous amène à nous demander si oui ou non nombre des actes contre lesquels ces solutions sont utilisées devraient même être considérés comme des crimes. Il serait peut-être temps de songer sérieusement à décriminaliser toute une série d'actions et à recommencer à confier au système des tribunaux civils la tâche de traiter les dommages que ces actions pourraient causer. Les cas les plus évidents impliquent des titres boursiers où ce qui est en jeu est un conflit entre une série d'investisseurs au sujet de la répartition des profits. Mais il y en a beaucoup d'autres. Aujourd'hui, par exemple, non seulement la plupart des procédures antitrust ont renoncé à la voie criminelle, mais les tribunaux traitent de plus en plus d'affaires de dommages au civil dans des causes antitrust.

En fait, l'historique des lois antitrust est révélateur. Aux États-Unis, la première loi antitrust, la *Sherman Act*, contenait une innovation sur le plan juridique, dont les implications ne sont peut-être pas encore complètement comprises. Il incombait au gouvernement de décider d'intenter des poursuites contre les entreprises qui conspiraient pour fixer les prix pour des motifs civils ou criminels. Cette loi permettait également aux entreprises « victimes » de tenter de faire appliquer la loi privée en recourant à des poursuites civiles. En fait, le concept de « triples dommages » qu'un plaignant pouvait obtenir incitait fortement les entreprises à le faire[38] . En plus d'embrouiller la distinction entre les procédures civiles et pénales et de confier l'application de la loi à des acteurs privés, cette innovation laissait entendre que la « chasse aux primes » motivait davantage les gens à contribuer à faire respecter la loi

[36] Deux décennies plus tard, le même traitement était accordé à Frank Costello. Voir Andrew Tully, *Treasury Agent*, New York, 1958, p. 9.
[37] Voir la plainte de l'ancien commissaire du IRS, Fred Goldenberg, *Money Laundering Alert*, février 1992.
[38] Russel Mokhiber, *Corporate Crime and Violence*, San Francisco, Sierra Club Books, 1988, p. 7-8.

que la responsabilité civile. Un siècle plus tard, on s'est retrouvé avec une série d'affaires dans lesquelles les contestations entre les concurrents économiques passaient du marché (où, en théorie, elles pouvaient mener à une augmentation de l'efficacité) aux tribunaux (où, en pratique, l'objectif principal n'était pas de corriger un tort mais de voir ce que l'on pouvait tirer de l'autre partie).

Ainsi donc, il y a du bon et du moins bon en ce qui concerne le fait de permettre de confier à nouveau les fonctions aux tribunaux civils. Aux États-Unis, l'utilisation des procédures civiles est devenue trop souvent une simple façon de contourner et de réduire le fardeau de la preuve dans les causes criminelles. Mis à part la litanie des outrages dans les cas de confiscation de biens au civil, il y a aussi la mauvaise utilisation de choses comme la RICO. Le nom exact - *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* - signifie que les défenseurs sont qualifiés de criminels alors que, dans les cas de poursuites civiles en vertu de la RICO, les poursuivants (que l'on appelle à tort les plaignants) ne doivent respecter que le niveau de preuve exigé au civil. La distinction entre le criminel et le civil est rendue encore plus confuse par l'utilisation des triples dommages. En fait, l'expression même est absurde. Il y a ou bien des dommages-intérêts, utilisés pour les indemnisations dans les causes civiles, ou bien des amendes utilisées comme sanctions d'un comportement criminel. Dans les cas jugés en vertu de la RICO, comme dans les lois antitrust, la punition prend la forme d'amendes déguisées sous forme de dommages-intérêts qui sont ensuite versés au plaignant plutôt qu'au gouvernement à moins, comme c'est souvent le cas, que ce soit le gouvernement lui-même qui intente la poursuite civile contre les plaignants en réaction à leur prétendue conduite criminelle[39] !

Cette confusion entre les actions au civil et au criminel est particulièrement problématique, et surtout dangereuse. Sur le plan strictement théorique, les actions au civil sont censées impliquer :

1. des actions intentées par un citoyen contre un autre;
2. la recherche de dommages-intérêts qui correspondent aux actes commis;
3. des procédures ne nécessitant qu'une faible marge de preuve (prépondérance des probabilités).

[39] Aux États-Unis, certains résultats particulièrement bizarres ont découlé de la combinaison de la RICO avec les confiscations de biens dans les cas impliquant des titres de valeurs mobilières. Selon la théorie pure, la confiscation des biens est la restitution - faute d'une victime définie, l'État représente la société comme étant la partie agressée. Mais la logique d'une cause d'initié, par exemple, est que certains investisseurs définissables ont été fraudés, c'est-à-dire que cela constitue le cœur du crime. Par conséquent, un groupe définissable d'investisseurs devraient être indemnisés lorsque les dommages-intérêts sont évalués. Pourtant, dans la cause RICO contre Michael Milken, le roi des obligations hautement spéculatives, par exemple, il a dû remettre des centaines de millions de dollars de gains supposément obtenus de façon illégale au gouvernement, et non aux autres investisseurs, même si son infraction principale était un délit d'initié!

Par contre, toujours en théorie, les actions au criminel sont censées :

1. impliquer des actions intentées par l'État ou ses organismes contre un citoyen privé;
2. réclamer une sanction pouvant impliquer la perte de vie et de liberté;
3. impliquer des procédures qui, en raison du grave déséquilibre des ressources entre les deux parties et de la lourdeur des conséquences, nécessitent un niveau élevé de preuve (qui va au-delà du doute raisonnable).

Par conséquent, les notions de justice naturelle varient lorsque l'État et ses organismes, avec la grande prépondérance de leurs ressources, intentent des poursuites contre un citoyen privé, dans des actions qui ont des effets *punitifs*, alors qu'ils doivent respecter seulement une norme civile de preuve. C'est particulièrement le cas lorsqu'on réalise que les lois pénales sont surtout des instruments juridiques alors que les causes au civil sont décidées par des juges. Cela dit, ces cas surviennent surtout dans le domaine réglementaire où la sanction prend habituellement la forme de pertes pécuniaires. Il s'agit néanmoins de sanctions plutôt que d'indemnisations. Par contre, on pourrait soutenir qu'il est absurde d'intenter une poursuite au criminel quand l'issue possible n'est pas la perte de vie et de liberté, mais d'argent. C'est précisément pourquoi, pendant des décennies, on a réclamé de définir les types d'infractions, à mi-chemin entre celle qui donne lieu à des poursuites au civil et celle qui peut donner lieu à des poursuites criminelles avec conséquences punitives[40].

6.5 Entre l'indemnisation civile et la poursuite pénale

Deux facteurs semblent rendre souhaitable cette approche intermédiaire. Le premier est la nécessité de clarifier et de redéfinir la distinction entre les procédures civiles et pénales. Le second est le caractère inapproprié de la sanction criminelle dans bien des cas d'infractions motivées par le profit tombant dans la catégorie des infractions axées sur le marché ou des délits commerciaux.

De tout temps, la sanction criminelle a été efficace parce qu'elle visait un sous-ensemble particulier d'actes considérés comme particulièrement odieux par l'ensemble du public. Non seulement les dommages étaient clairs, mais les actes eux-mêmes étaient facilement compréhensibles. Ainsi, qualifier quelqu'un de criminel était en soi la partie la plus importante de la sanction - les amendes et l'emprisonnement étaient secondaires, à la fois châtiment et expiation. Mais plus on utilise la sanction pénale pour réglementer les choix moraux personnels, plus elle perd de son mordant. Le grand public cessera peut-être de considérer l'acte « criminel » comme infamant[41] . Pour maintenir un certain niveau de dissuasion, la partie secondaire de la sanction doit être plus importante, peut-être même disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction réelle telle que perçue par le public. Comme

[40] Voir Herbert Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Stanford University Press, 1968, p. 252-253. Packer utilise le terme « infraction civile » pour décrire cette nouvelle entité. Pour une excellente discussion de la logique, voir John Coffee, « Paradigms lost: The blurring of the criminal and civil law models - and what can be done about it ». *Yale Law Journal*, 1992, vol. 101.

[41] Packer, *Limits*, p. 265-266.

l'indique l'expérience américaine, les peines sont plus longues, le pourcentage des détenus incarcérés augmente et les prisons ressemblent moins désormais à des endroits où purger sa peine qu'à des écoles de formation criminelle pour une population mécontente provenant en majorité de minorités ethniques et sociales[42] .

Si un moyen terme entre l'indemnisation au civil et la poursuite criminelle peut être trouvé dans lequel, comme dans le cas d'une affaire criminelle, l'État ou ses organismes de réglementation intentent des poursuites contre un citoyen, il faudra redéfinir le niveau de preuve. Puisque l'État ou ses organismes recherchent davantage que l'indemnisation et la restitution comme dans une cause civile normale, le niveau de preuve devra être supérieur à celui qui est exigé au civil. Puisque la poursuite n'implique aucune menace de perte de vie ou de liberté, et stigmatise moins qu'un procès au criminel, le niveau de preuve ne devrait pas être celui qui est exigé au criminel[43] . Heureusement, ici, l'expérience américaine se révèle un guide utile.

Récemment, les États-Unis ont été le théâtre de discussions sur les conséquences de la confiscation de biens civils - le fait que cela implique une accusation et une sanction criminelles sans procès criminel. Il a été souvent soutenu (en fait c'était à l'origine contenu ? la cause fut retirée par la suite dans le récent projet de loi sur la réforme de confiscation de biens) qu'une procédure dans le cadre de laquelle un citoyen pouvait devoir payer des sommes importantes au gouvernement au motif que son bien était le fruit d'un crime, et cela même si le propriétaire réel du bien n'était pas assujetti à une poursuite au criminel, nécessitait un niveau de preuve supérieur à celui qui était exigé dans les poursuites au civil. La solution de rechange proposée a été appelée preuve « claire et convaincante ». Ainsi, si la norme au civil représentait une probabilité d'environ 51 %, la norme au criminel peut-être 90 %, la preuve claire et convaincante se situait entre les deux tiers et les trois quarts[44] .

En outre, il y a effectivement des précédents. Aux États-Unis, le niveau de preuve requis pour, par exemple, placer quelqu'un dans un établissement de santé mentale contre sa volonté, doit se situer entre celui du civil et celui du criminel[45]. C'est précisément le genre de moyen terme légal qui est sensé dans le traitement des infractions motivées par le profit qui impliquent soit que les citoyens exercent des choix moraux désapprouvés par la majorité des autres citoyens, sans torts évidents causés à personne d'autre que celui qui exerce ce choix, ou qui impliquent des relations économiques complexes qui vont au-delà des simples questions réglementaires sans être manifestement d'ordre pénal. C'est une norme juridique, soit dit en passant, qui

---

[42] Dyer, dans *Perpetual Prisoner*, note qu'aujourd'hui tout le système carcéral aux États-Unis est dix fois supérieur à ce qu'il était il y a trois décennies, soit l'augmentation la plus importante de la population carcérale que le monde ait jamais connue. Si la croissance actuelle se maintient, en 2020, les deux tiers de tous les hommes noirs auront été emprisonnés (186 et passim).

[43] Les seuls cas où un organisme réglementaire devrait avoir le droit d'intenter des poursuites pouvant impliquer des dispositions punitives sans un niveau civil de preuve plus élevé sont les causes fiscales. Elles sont différentes en raison de l'existence même de revenus ou de biens qui n'ont pas été adéquatement comptabilisés pour constituer toute la preuve nécessaire qu'une infraction fiscale a été commise.

[44] Cela n'est évidemment pas compris dans la loi. C'est seulement une extrapolation générale de l'intention qui découle du débat. Mes remerciements à Brenda Grantland de Forfeiture Endangers American Rights pour cet élément.

[45] Coffee, *Paradigms Lost*, p. 1890-1891.

pourrait être appliquée soit aux individus, soit aux entreprises. De plus, cela permettrait d'éviter les tracasseries morales et légales engendrées par la notion floue et presque indéfinissable de « crime d'entreprise »[46] .

En créant cette catégorie, le gouvernement qui cherche à traiter les infractions motivées par le profit acquiert en fait beaucoup de souplesse. Il peut choisir entre trois instruments juridiques - la poursuite au civil, une sanction financière et une sanction pénale - selon la gravité de l'infraction et la qualité de la preuve offerte. Dans les trois cas, il y a possibilité d'indemnisations pécuniaires, qui constituent la réponse la plus logique au crime motivé par le profit. Dans une procédure civile, on se limitera aux dommages-intérêts véritables. Dans une sanction financière, l'indemnisation prendra la forme d'amendes, et dans une sanction criminelle, une amende pourra s'ajouter à une peine d'emprisonnement.

En outre, pour régler les infractions qui résultent des actions d'organismes corporatifs, l'État aurait la possibilité d'intenter des dommages au civil si les actions sont accidentelles, une procédure de sanction financière si elles sont dues à la négligence, ou une poursuite au pénal, si l'on veut trouver que des administrateurs identifiables de l'entreprise ont agi avec une intention criminelle.

7.0 Conclusion

On ne cesse d'exercer des pressions sur le système de justice pénale pour qu'il joue des rôles pour lesquels il n'a jamais été équipé. Compte tenu de la croyance largement répandue que le monde est piégé par les organisations criminelles, ces pressions risquent de s'accroître. L'opinion populaire veut que le monde fasse face à une nouvelle menace criminelle - de nouveaux crimes et l'augmentation considérable du nombre et de la sophistication technologique d'anciens crimes auxquels il faut réagir. Pourtant, la justice pénale devra toujours être prudente, hésiter à suivre le troupeau et la mode. Et on a peut-être énormément exagéré la gravité et l'ampleur de la nouvelle menace criminelle.

La leçon probablement la plus importante à tirer est que le véritable défi de la justice pénale consiste à comprendre la zone floue où interagissent le monde du crime et celui des affaires, souvent dans leur intérêt mutuel. C'est là une zone où des instruments de réglementation et des instruments de rechange peuvent peut-être mieux convenir que les approches traditionnelles de justice pénale créées en grande partie pour faire face aux crimes impliquant une répartition involontaire de la richesse.

[46] Voir Braithwaite, *Corporate Crime*; Pearce et Tombs, *Toxic Capitalism*; Stone, *Where the Law Ends*; et Packer, *Limits of Criminal Sanction*, pour diverses positions habituellement incompatibles.